



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

Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 76001-23-31-000-2011-01477-01 (0681-16)

Demandante: EDWIN HUMBERTO LASSO VELASQUEZ

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD- DAS- EN SUPRESIÓN

SE. 0077

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 13 de octubre de 2015, proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El ciudadano EDWIN HUMBERTO LASSO VELASQUEZ, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, solicitó la nulidad del oficio DAS.SVAC-DIRS.JUR 2011-324501-5 de 3 de mayo de 2011 (fls.2-4), suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad-DAS- (en proceso de supresión), que negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral entre la entidad y el peticionario, así como el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas, petición elevada mediante escrito de 7 de abril del mismo año con radicado 1-2011-324501-0, según obra a folios 5 a 18 del plenario.

Como restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la entidad demandada que reconozca la existencia de la relación laboral mencionada, a partir del momento en que fue vinculado como contratista, con todos los efectos salariales, prestacionales e indemnizatorios a que haya lugar, tomando como referencia el cargo equivalente en código y grado que existía en la planta de personal de la entidad.

También solicitó que se condene a la demandada a devolver los dineros correspondientes a descuentos por retenciones, gastos de seguridad social, subsidios de cajas de compensación familiar, pólizas y demás sumas derivadas de la suscripción de los contratos de prestación de servicios celebrados con el DAS, y se condene al pago de costas procesales.

1.2 Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

- El señor EDWIN HUMBERTO LASSO VELASQUEZ se vinculó al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, mediante contrato de prestación de servicios el 1 de marzo de 2005 para prestar sus servicios como escolta en el área de protección a personas en la ciudad de Cali, y estuvo vinculado hasta el 30 de junio de 2009, con una retribución mensual en el último año equivalente a la suma de \$ 2.297.340.00.
- Durante su vinculación, el actor estuvo sujeto a los horarios, lugares e instrucciones de funcionarios del DAS, que eran sus inmediatos superiores y que impartían órdenes sobre los parámetros de la prestación del servicio.
- Que el cargo desempeñado fue el de "Escolta" del servicio de protección a personas, en la ciudad de Cali.
- El demandante debía además prestar los servicios en los horarios, turnos y lugares establecidos por los superiores, en los cuales tenía que encontrarse presto a cualquier llamado por parte de la entidad.
- Los elementos con los cuales se desempeñó como escolta, tales como vehículos, armas e instrumentos de comunicación, eran suministrados por la entidad, junto con las órdenes específicas para su uso.
- El actor cumplía las mismas funciones que los escoltas vinculados directamente por la entidad, en la ciudad o sede que los superiores asignaran, pero no recibía la misma remuneración.
- Durante la prestación del servicio, el actor presentó varios informes escritos acerca de las actividades que ejecutaba.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes: De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 53 y 122.

C.C.A., artículos 131, 132, 135, 137 y ss, y 152 ss.

Decretos 1932 y 1933 de 1989, 2164 y 2146 de 1989 y 377 de 2006.

Explicó que los actos administrativos vulneran los derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso del actor, quien ha prestado sus servicios bajo los parámetros de una relación laboral y reglamentaria, sin que hasta el momento le hayan sido reconocidos los efectos económicos que de ella se derivan, en condiciones de equidad con los funcionarios de la entidad que desempeñan la misma labor.

La conducta del DAS también evidencia, en criterio del actor, un desconocimiento absoluto del mandato de buena fe que deben seguir las actuaciones administrativas y de los principios establecidos en la Constitución para las relaciones laborales, en especial la primacía de la realidad sobre las formalidades y el reconocimiento de sus derechos mínimos como trabajador.

Expuso el demandante que a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular de la sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, cuando la alta Corporación estudio la demanda contra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la contratación que adelanten las entidades públicas corresponde a una función reglada del Estado que debe ajustarse a la normatividad vigente, y que las condiciones generales de los contratos no pueden pactarse de manera caprichosa, sino que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato.

Que una de las características del contrato de prestación de servicios es la completa autonomía e independencia con que el contratista presta sus servicios, y la temporalidad de sus funciones, las cuáles no se dan en el caso que se expone en la demanda.

De otra parte, expone que en la planta de personal del DAS siempre existieron cargos de escoltas, y que su vinculación, no obstante el tiempo transcurrido, siempre lo fue mediante contratos de prestación de servicios de manera continua e ininterrumpida durante los cinco (5) años.

Que la entidad violó la ley por cuanto a pesar del tiempo transcurrido no implementó ni aumentó la planta de personal necesaria para cumplir sus funciones, con lo cual se transgredieron los artículos 30 y 87 de la Ley 443 de 1998, 17 de la Ley 790 de 2002, y se desatendieron varios precedentes sobre el contrato realidad.

1.4 Contestación de la demanda

El Departamento Administrativo de Seguridad -en supresión- mediante escrito visible a folios 109 a 130, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

Adujó la demandada que no existe acto administrativo que pueda ser demandado ante la jurisdicción en este caso, que el oficio demandado es solo una comunicación la cual no es demandable y que se trataba de explicarle al solicitante las diferencias entre el contrato laboral y el de prestación de servicios.

Manifestó que el programa de protección a personas amenazadas correspondía a una política de seguridad nacional a cargo del Ministerio del Interior, que se ejecutaba a través de la Dirección General para los Derechos Humanos y bajo la coordinación del Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos, de la cual hacía parte el Departamento Administrativo de Seguridad. Que dicha actividad para la cual fue contratado el señor Lasso Velásquez para brindar seguridad a un grupo poblacional en riesgo, no puede generar contrato o relación laboral, por cuanto dicha actividad no está enmarcada dentro de los objetivos misionales del DAS a la luz del Decreto 643 de 2004, sino que correspondía a una actividad coordinada con otras entidades del Estado en cumplimiento de lo ordenado por los Decretos 1836 de 2002, 2816 de 2004, 4785 de 2008, 4864 de 2009, 1740 de 2010, 1030 y 955 de 2011, en desarrollo del programa de protección de derechos humanos.

Explicó que el DAS, como parte de la Dirección General para los Derechos Humanos, adquirió el compromiso de coordinar el funcionamiento operativo de los esquemas de protección, en coordinación con el Ministerio del Interior y el CRER¹, por lo que tuvo que suscribir contratos de prestación de servicios de escolta, ya que no contaba con el personal de planta suficiente para cubrir la demanda. Por lo anterior consideró que debe integrarse el contradictorio, para lo cual se debe vincularlo a las anteriores entidades, además de la Presidencia de la República y a la Policía Nacional.

Argumentó que el artículo 5º de la Ley 80 de 1993 señala que: "*los contratistas acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan*", de manera que, seguir instrucciones, es un elemento del contrato de prestación de servicios, sin que ello pueda interpretarse como subordinación.

De otra parte, manifestó que dada esa especial labor, los contratistas debían ceñirse de manera estricta a las directrices del DAS, que vigilaba y controlaba toda la actividad de los escoltas, sin que eso implicara subordinación, puesto que el demandante aplicaba su criterio para prestar correctamente las medidas de seguridad.

Explicó que la entidad debía proveer las herramientas necesarias para prestar el servicio puesto que en su mayoría, se trataba de objetos de uso privativo del Estado. Que la vinculación al servicio público es de naturaleza reglada, por lo que

¹ Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos

no es procedente consolidar derechos laborales mediante vías de hecho.

Por último, propuso las excepciones de caducidad de la acción, inepta demanda por falta de requisitos formales, falta de interés jurídico para obrar, falta de legitimación en la causa, enriquecimiento ilícito e injustificado del actor, inexistencia de la obligación, pago, trámite equivocado de la demanda y la genérica.

1.5 La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia de 13 de octubre de 2015 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (folios 216-234).

Como fundamento de la decisión el Tribunal expresó los siguientes argumentos:

Desestimó la excepción de caducidad, por cuanto el demandado confunde ésta con la prescripción. Que la caducidad se debe contar desde la fecha del acto administrativo demandado y no desde la fecha de terminación de cada contrato. Igualmente, desestimó la de inepta demanda, porque consideró en primer lugar, que el acto demandado corresponde a una efectiva manifestación de voluntad por parte de la administración que incide en la situación jurídica de un particular, por lo que es procedente predicar su ilegalidad ante la jurisdicción, y en segundo lugar, que existían suficientes argumentos jurídicos y fácticos para reclamar la existencia de una relación laboral.

Respecto de las demás excepciones: frente a la de falta de legitimación, consideró que sin duda alguna es el DAS- en liquidación, como entidad oficial la que emitió el acto acusado y celebró los contratos cuestionados, y frente a las demás dijo que están directamente relacionadas con la solución del problema jurídico, por lo que se resolverían en la decisión del fondo de la controversia.

Expuso que de las pruebas documentales presentes en el expediente se evidencia la configuración de los elementos esenciales de una relación laboral entre el DAS y el actor, puesto que el objeto de los contratos, las obligaciones asignadas al contratista y las múltiples directrices que impartía la entidad para el desarrollo de la labor, la asignación de tiempos y lugares de trabajo, así como la presentación constante de informes a funcionarios de planta, cristalizaron una clara dependencia del demandante respecto de la entidad. Para llegar a dicha conclusión se tuvo como precedente la sentencia de 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, MP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, Rad. 0958-2009.

Destacó que no es procedente el pago de la sanción moratoria, puesto que en el caso concreto, la sentencia es constitutiva del derecho y es partir de allí que las obligaciones se hacen exigibles, como tampoco se accedió al reconocimiento de primas especiales ni la condena en costas, por no haberse probado los hechos que las generan.

Como restablecimiento del derecho, condenó al DAS a pagar el valor de las prestaciones sociales correspondientes a un escolta de la institución en rango similar, generadas entre 1 de marzo de 2005 y el 30 de junio de 2009, incluyendo los aportes de salud y pensión ya cancelados por el actor durante el mismo período, tomando como base el promedio de toda la remuneración que hubiere recibido el actor durante el período descrito.

Consideró que el pago periódico de los honorarios y la prestación personal del servicio están debidamente acreditados, por lo que se configuran los demás elementos de la relación laboral.

Teniendo en cuenta que la entidad contrató al actor porque el personal en planta era insuficiente, dedujo que el señor Lasso Velásquez cumplía las mismas funciones que los escoltas nombrados mediante relación legal y reglamentaria, pero fue vinculado de manera errónea mediante la figura del contrato de prestación de servicios.

Por último, aceptó la existencia de una sucesión procesal entre el DAS y la Unidad Nacional de Protección, puesto que el Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión, ya efectuó la entrega de los procesos judiciales que cursaban en su contra a la UNP.

1.6 Fundamento del recurso de apelación

El apoderado de la Unidad Nacional de Protección interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación²:

Primero: Que las actividades que dieron origen a la contratación del actor por orden de prestación de servicios, no correspondían a una actividad misional del DAS, sino a una serie de obligaciones adquiridas por convenio con el Ministerio del Interior, para las cuales no contaba con el personal suficiente.

² Folios 235 a 247

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

Segundo: Que en ese marco, debió asumir labores de coordinación de esquemas de seguridad y en consecuencia, celebró una serie de contratos de prestación de servicios en los cuales existía plena autonomía de los escoltas para desarrollar su actividad. Reiteró que la entidad debía supervisar la ejecución de los contratos, por la naturaleza misma del servicio, sin que ello constituyera una subordinación por parte de los contratistas.

1.7 Alegatos

Mediante auto de 7 de octubre de 2016³ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación en relación con la configuración de todos los elementos de la relación laboral, dentro del desarrollo del contrato de prestación de servicios entre el actor y la entidad. También solicitó la inclusión de todos los emolumentos que el actor percibía mensualmente, entre ellos, la prima de riesgo y los viáticos, así como la devolución de todos los gastos en los que incurrió el demandante para poder suscribir los contratos con la entidad.

El Ministerio Público y la parte demandada, guardaron silencio, según el informe secretarial de 22 de noviembre de 2016, a folio 272.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 CPACA⁴ y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación⁵, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.2.- Problema Jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si entre demandante y el Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. existió una verdadera relación

³ Folio 264.

⁴ Modificado por el artículo 615 del Código General del Proceso.

⁵ Modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

laboral que tenga como consecuencia; el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente con la entidad.

Para resolver el anterior interrogante la Sala se referirá en primer lugar al marco normativo y jurisprudencial del contrato de prestación de servicios y del contrato realidad, para luego contrastarlo con las pruebas aportadas y concluir si le asiste razón al apelante.

2.3.- Marco normativo y jurisprudencial.

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planilla y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)...”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena destacar las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le

corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (Subrayas de la Sala)".

2.4. - Del contrato de prestación de servicios con entidades públicas

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone:

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

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

En sentencia C-154-97⁶ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apártes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

"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" (El resaltado es de la Sala).

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

"Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios,

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones".

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009, señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

2.5 - Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir al contrato de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que ***"en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (...) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad"*** (resaltado fuera de texto).

En este sentido, el Decreto 2503 de 1998⁷ define el empleo de la siguiente manera:

"ARTICULO 2o. DE LA NOCION DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 5º de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales".

Así mismo, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

⁷ Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.

“Art. 19 El Empleo Público.

1. *El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

2. *El diseño de cada empleo debe contener:*

a) *La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

b) *El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

c) *La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales”*

Además, para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Otra limitación fijada en la ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios se encuentra prevista en la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48 como falta gravísima:

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

El artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993 consagró el contrato de prestación de servicios como aquel que «[...] 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**»⁸.

Al referirse sobre la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales», la Corte Constitucional, en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, para lo cual destacó que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que quien celebra un contrato de prestación de servicios 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. Esto dijo la Alta Corporación:

[...] 3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo,

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la

⁸ Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a.- La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b.- El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”.

c.- La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

d.- La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. [...]”.

Conforme con la providencia en cita se puede concluir que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta.

En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

En este sentido, las entidades pueden suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, pero tales contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad», figura que se estructura con los elementos de prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración.

Igualmente, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, estableció cuáles eran los elementos de la relación laboral así:

- (i) Subordinación o dependencia continuada: se refiere al cumplimiento de órdenes por parte del servidor público en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.
- (ii) Permanencia: le corresponde a la parte actora demostrar que la labor es inherente a la entidad.
- (iii) Equidad o similitud, es la pauta de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para aclarar si existió una verdadera relación laboral.

Sin embargo, también precisó la Corporación que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

De todo lo expuesto se extrae que para demostrar la configuración del contrato realidad la parte demandante debe probar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, de manera continuada y una retribución del servicio.

Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al contrato realidad. Sentencia de Unificación SUJ2 No.005/16

A través de sentencia de unificación jurisprudencial 005/16 del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado interno 0088-15⁹ se estableció que el contrato realidad se configura cuando «[...] se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales».

A partir de lo anterior, la Corporación unificó su posición frente a la forma en que deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral, con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

Al efecto dijo la Corporación:

[...] resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público

⁹ Con ponencia del magistrado Carmelo Berdomo Cuéster

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

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

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

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén¹⁰."

En la citada providencia la Corporación estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción.

Conforme a esa decisión, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la «*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*», se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

No obstante, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia

¹⁰ Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón;

del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Además se aclaró que la prescripción extintiva no se puede aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno.

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

Así mismo, como consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, el juez deberá pronunciarse, así no haya sido objeto de solicitud en la demanda, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*.

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

Adicional a lo anterior se estableció que el reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho y que el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

3.- Caso concreto

En el expediente consta que entre el actor y el Departamento Administrativo de Seguridad - D.A.S.- en supresión, se suscribieron las siguientes de prestación de servicios escolta, desde el 1.º de marzo de 2005 al 26 de diciembre de 2008, de conformidad con los documentos obrantes a folios 23 a 65 A del expediente:

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

- 1.- Contrato 049 de 1 de marzo 2005. Plazo: 4 meses. Valor: \$ 5'560.000.oo. Inicio: 1 de marzo 2005 (acta de inicio fl. 28), terminación: 30 junio 2005.
- 2.- Contrato 156 de 1 de julio de 2005. Plazo: 2 meses. Valor: \$ 2.780.000.oo. Inicio: 1 de julio 2005. Termina: Agosto 30 2005.
- 3.- Contrato 251 de 31 de agosto de 2005. Plazo: 6 meses. Valor: \$ 9'975.873.33. Inicio 31 agosto. Termina 28 febrero 2006.- Fl. 61. Certificación fl. 64.
- 4.- Contrato 048 de 1º. de marzo de 2006. Plazo: 9 meses. Valor: \$ 13'12.990.oo. Inicio: 1 marzo 2006. Termina: 30 noviembre 2006. (fl. 62)
- 5.- Contrato 155 de 1 de diciembre de 2006. Plazo: 7 meses. Valor: \$15'799.110.oo. Inicio 1 diciembre 2006. Termina: 1 junio 2007.
- 6.- Contrato 056 de 29 de junio de 2007. Plazo: 6 meses. Valor: \$ 13'784.040.oo. Inicio: 1 de julio 2007. Termina: 31 diciembre 2007. (fls. 57, y 64)
- 7.- Contrato 168 de 26 diciembre de 2008. Plazo: 1 año. Valor: \$ 28'468.000.oo. Inicio: 1 enero 2008. Termina: 31 diciembre 2008.
- 8.- Contrato 055 de 26 diciembre de 2008. Plazo: 6 meses. Valor: \$ 14.506.260.oo. Inicio: 1 enero 2009. Termina: 30 de junio 2009. ¹¹

Además, aparecen como pruebas los recibos de entrega de elementos propios dotados por la misma entidad demandada, para la ejecución de las labores de escolta, como armamento y chalecos (folios 65 y 65 A). Y la orden de trabajo de 18 de julio de 2006, donde se observan instrucciones específicas, claras y precisas para realización del trabajo asignado al actor, todas relacionadas directamente con la labor de escolta.

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar, en el marco del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, si se configuró la existencia de una relación laboral entre el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- en supresión y el señor Edwin Humberto Lasso Velásquez, como parte demandante.

En segundo lugar, la Sala debe precisar si el actor tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el valor correspondiente a las prestaciones sociales, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tomando en consideración todos los emolumentos que devengan los escoltas vinculados a la planta de la entidad, el valor de los descuentos por retención que le fueron efectuados, y los gastos en pólizas de cumplimiento que suscribió, para celebrar los contratos de prestación de servicios.

3.1- El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

El artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos

¹¹ Ver copias de contratos y certificaciones de inicio de contratos y actas de liquidación, en cuaderno2 de pruebas, allegadas por la entidad demandada a solicitud del Tribunal de origen

en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.¹²

Adicionalmente, el artículo 25^o constitucional establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003¹³, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación", aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, 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 demandante 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

¹² Ibidem.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia¹⁴ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado 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 como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*"(...) para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente".*

Así es dable concluir que, no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional¹⁵. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

"El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia No. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

¹⁵ Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: "cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional".
(...)

"En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato (orden de prestación de servicios"

derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”¹⁶.

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

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

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

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público, la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud, deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso. La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”¹⁷.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.

De acuerdo a las pruebas señaladas, el actor efectivamente prestó sus servicios a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios que se relacionan anteriormente, a la entidad entre el 1 de marzo de 2005 hasta el 30 de junio de 2009, de manera consecutiva e ininterrumpida, lo que demuestra continuidad en la prestación del servicio.

El demandante presentó petición ante el DAS con el fin de solicitar el reconocimiento jurídico de una relación laboral entre las partes, la nivelación del actor al cargo existente en la planta de personal y con base en ello, la liquidación y pago de las sumas a que haya lugar (folios 5 a 18 de la demanda).

3.2 - Acto administrativo demandado

Mediante oficio de 3 de mayo de 2011, visible a folios 2 a 4, suscrito por el Jefe de la Oficina Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad del Valle del Cauca - en supresión, la entidad negó la solicitud del señor Lasso Velásquez.

En síntesis, explicó que no era procedente reconocer ningún tipo de emolumento al actor, puesto que éste prestó sus servicios de escolta a través de contratos de prestación de servicios, de manera coordinada y no subordinada respecto de la entidad y que por ello, este vínculo no tuvo la connotación ni los efectos de una relación laboral.

Observa la Sala que el señor Edwin Humberto Lasso Velásquez prestó sus servicios de escolta para el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 1 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2009. (Folios 23 y siguientes).

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E)

El objeto común de los contratos era el siguiente: *“el CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Cali (Valle) y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente 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 Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia”.*(ver cláusula primera de los respectivos contratos, las cuales coinciden en su contenido y redacción, a folios 23 y ss.)

Advierte la Sala que en desarrollo del objeto contractual, el actor debía prestar servicios de seguridad a determinadas personas, utilizando los medios de defensa, transporte y comunicación suministrados por la entidad; también debía comunicar permanentemente al supervisor del contrato o al inspector de turno, cualquier novedad en el desarrollo de sus actividades¹⁸. También debía certificar su permanencia en el territorio de los distintos municipios donde prestaba sus servicios, precisando las horas de entrada y salida de cada uno¹⁹.

Lo anterior evidencia que por la naturaleza de la función, el demandante prestaba sus servicios dentro de un estricto marco temporal y espacial, sujeto a las precisas instrucciones dictadas por la entidad; en este caso, el atento y constante seguimiento a las directrices de la entidad tenía vital importancia, por tratarse del cuidado de una persona en especial situación de riesgo.

Por ello, para la Sala está comprobado que el desarrollo del contrato implicaba una relación que iba mucho más allá de la coordinación, ya que el escolta contratista no podía adelantar su labor en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que considerara adecuadas, siempre que cumpliera con los resultados, sino que desarrollaba una actividad minuciosamente estructurada y vigilada, para evitar riesgos de seguridad sobre los protegidos.

El Decreto 1951 de 4 de septiembre de 1993²⁰, adicionó a la nomenclatura y codificación de empleos del DAS el cargo de agente escolta, código 205, grado de remuneración 5, perteneciente al área operativa, cuya función general era *“prestar los servicios de protección a personas, contra riesgos, peligros o amenazas que puedan generar perturbaciones de orden público”*.

¹⁸ Folios 59.

¹⁹ Certificados de servicio visibles a folios 60 a 67.

²⁰ *“Por el cual se adiciona la nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se describe la naturaleza de una denominación, se fijan los requisitos mínimos para su desempeño y se dictan otras disposiciones”*

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

A su vez, la Resolución 01759 del 17 de agosto de 2004, manual específico de funciones y requisitos a nivel grado del DAS, señaló como funciones del cargo descrito, las siguientes:

1. Realizar las actividades tendientes a lograr la protección de las personas a las cuales el DAS les presta servicio de seguridad, según el programa para el cual fue nombrado, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos;
2. Conducir los vehículos de la Institución cuando las necesidades del servicio lo requieran previo cumplimiento de los requisitos legales;
3. Reportar oportunamente al superior sobre los desplazamientos que realice el protegido dentro y fuera de la ciudad;
4. Mantener en buen estado el vehículo, equipo, armas y demás elementos de dotación;
5. Contribuir con sugerencias, iniciativas y propuestas que propicien un eficiente servicio de seguridad;
6. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo”.

De la comparación entre dichas funciones y el objeto de los contratos, la Sala concluye que el actor, como escolta, cumplía las mismas funciones esenciales que aquellos que estaban vinculados en planta, bajo un marco de subordinación específico y con una retribución mensual por su labor, de manera que la vinculación por contrato de prestación de servicios era una simple ficción, que encubría una verdadera relación laboral con la entidad.

Respecto a las prestaciones sociales, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, esta Corporación sostuvo:

“El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (...).”²¹

Así las cosas, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales. La liquidación de las prestaciones sociales se hará con base en los honorarios pactados en los contratos suscritos entre la entidad y el demandante²².

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 5 de agosto de 2016. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-006-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 6 de octubre de 2016. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00260-01(0027-14) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vález.

En lo relacionado con la extinción de los derechos que se derivan de la declaratoria de existencia de la relación laboral, en la misma sentencia de unificación, la Sala manifestó que *"quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual (...) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad"*.

En el presente caso, observa la Sala que el actor prestó sus servicios hasta el 30 de junio de 2009 y efectuó la reclamación ante la entidad el 7 de abril de 2011 (Folios 5 ss.), es decir, dentro del término prescriptivo para exigir las prestaciones sociales derivadas de la declaratoria de la relación laboral.

Por último, en cuanto a los aportes para pensión, la entidad deberá calcular el ingreso base de cotización con base en los honorarios pactados para la época en que el actor prestó sus servicios y con base en ello, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá que efectuar los aportes correspondientes.

OBSERVACIÓN FINAL. Observa la Sala que a folios 132 a 152 del expediente aparecen documentos relacionados con otro proceso (Demandante: EDWIN FERNANDO GUETTE DOSMAN), Radicado 7600133310032012-00078-00, al parecer equivocadamente allegados al presente expediente. Por lo tanto, debe ordenarse su desglose y advertir de la irregularidad al Tribunal de origen, que es el mismo, para que se tomen las medidas necesarias.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia de 13 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa sentencia.

Radicación: 76001-23-31-000-2011-01477-01 (0681-16)
Demandante: EDWIN HUMBERTO LASSO VELASQUEZ
Demandado: DAS- EN SUPRESIÓN

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – CCA.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero del fallo recurrido, en el sentido de ordenar a la Unidad Nacional de Protección, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, debiendo acreditar la parte actora las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

TERCERO: Reconocer personería al doctor YOLMAR REINALDO YOMAYUSA MURCIA, identificado con c.c. 80.187.283 y TP/278.006 del C.S. de J., para que actúe como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los fines del poder que obra a folios 283 a 288.

CUARTO: Ordenar el desglose de los folios 132 a 152 del expediente, relacionados con el proceso donde aparece como Demandante: EDWIN FERNANDO GUETTE DOSMAN), Radicado 7600133310032012-00078-00, y advertir de la irregularidad al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que se tomen las medidas necesarias.

QUINTO.- Una vez realizadas las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia, SE DEVOLVERÁ el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS