



Sentencia 2014-90305 de 2020 Consejo de Estado

CONTRATO REALIDAD - Contrato de prestación de servicios / CONTRATO REALIDAD - Marco normativo / RELACIÓN LABORAL - Elementos / ESCOLTA DEL DAS - El desempeño de las funciones por parte del actor estaba sujeto a la imposición de instrucciones del demandado / SUBORDINACIÓN - Demostrada / PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES - El demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados de la planta de personal / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Desvirtuado

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica 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. Se encuentra demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y las pruebas recaudadas (documentos y testimonio), la existencia de los elementos de la relación laboral, por un lado, (i) la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente el demandante fue contratado por el entonces DAS como escolta, según el objeto contractual ya relatado, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro, (ii) la remuneración por el trabajo cumplido, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «Valor» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que le era pagada de manera mensual, según la suma acordada en cada contrato. Sin embargo, cabe anotar que si bien no se aportó prueba de todos los pagos recibidos, la entidad demandada no lo controvirtió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales. Colige la Sala que el servicio de protección era una función permanente y obligatoria del entonces DAS, con soporte normativo, la cual se relacionaba directamente con las labores que desempeñaba el reclamante, por ende, se tiene que este no ejerció actividades temporales durante su vinculación a esa entidad como contratista de prestación de servicios, sino de naturaleza permanente. En el presente caso no puede hablarse de coordinación, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte del actor estaba sujeto a la imposición de instrucciones del demandado, tales como: un horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino directamente por el contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la entidad, lo que denota sin lugar a dudas que el accionado, en su condición de empleador, tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación. Así las cosas, al asunto le es aplicable el principio de «la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, toda vez que desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para su funcionamiento, motivo por el cual estaba sujeto a subordinación y dependencia, tal como lo determinó el a quo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-90305-01(2143-19)

Actor: FRANCISCO JAVIER DÍAZ VERDEZA

Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN - UNP, COMO SUCESORA PROCESAL DEL EXTINGUIDO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS

Referencia: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN - UNP¹. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. TEMA: CONTRATO REALIDAD.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 18 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 1 a 29). El señor Francisco Javier Díaz Verdeza, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el entonces Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del acto administrativo 48777 E-1300,05-201318578 de 22 de octubre de 2013, por medio del cual desconoce la existencia de una relación laboral legal y reglamentaria.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, «[...] condonar a la demandada a efectuar el reconocimiento de la existencia de una relación laboral legal y reglamentaria [...]; y «[...] efectuar el reconocimiento y pago [...] de una suma equivalente a los siguientes conceptos en proporción al tiempo laborado con la debida indexación así: a) incremento por antigüedad. b) Bonificación por servicios prestados. c) Primas de servicios. d) Auxilio de transporte. f) Auxilio de alimentación. g) Viáticos. h) Gastos de representación. i) Cesantías. j) Intereses a las cesantías. k) Vacaciones. l) Primas de vacaciones. m) Compensación en caso de muerte. n) Vestuario. ñ) Primas especiales de Riesgo e instalación. o) Bonificación por comisión de Estudio; p) Reliquidación de salarios y prestaciones sociales con fundamento en los anteriores conceptos incluyendo los viáticos. q) Devolución de saldos por concepto de la seguridad social en Salud y Pensión [...], así como de las retenciones efectuadas a su salario. r) reconocimiento y pago con destino a las entidades de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos profesionales de las cotizaciones que en derecho correspondan por todo el tiempo laborado. [...] la sanción o indemnización moratoria [...] las costas procesales» (sic).

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que se vinculó como escolta con el DAS, en forma continua e ininterrumpida desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 31 de agosto de 2011 y prestó servicios en forma personal, bajo la subordinación y dependencia de sus superiores.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo demandado los artículos 1º., 2º., 4º., 6, 13, 25, 29, 53 y 122 de la Constitución Política; 137, 138, 156, 161, 162 y 164 de la Ley 1437 de 2011 y los Decretos 1835 de 1994, 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

Asevera que «[...] el elemento temporalidad no ha existido en este tipo de contratación, toda vez que [...] ha permanecido en la institución por más de 6 años [...]. Asimismo, «[...] al interior de la planta de personal si existe el personal calificado y especializado en las funciones que a su vez desarrollaba [...] prestó sus servicios de acuerdo con la orden impartida por sus inmediatos superiores, con los instrumentos relativos a armamento, vehículos e identificación propia de los funcionarios de la institución [...].» Por ende, se debe aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

1.5 Contestación de la demanda. La UNP guardó silencio en esta oportunidad procesal, según lo indicó el *a quo* en la audiencia inicial celebrada el 10 de noviembre de 2016 (ff. 402 a 408).

1.6 La providencia apelada (ff. 530 a 547). El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia de 18 de mayo de 2017, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (sin condena en costas), al considerar que el demandante «[...] en su condición de escolta cumplía funciones en donde no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometido a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de sus funciones, es decir era dependiente y sometido a subordinación, configurándose en elementos propios de una relación laboral [...].» Por lo tanto, ordenó a la UNP el «[...] pago de las prestaciones sociales ordinarias igual a las que devenga un empleado público en similar situación pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, desde [el] 16 de marzo de 2005 hasta el 31 de agosto de 2011. Así mismo, la entidad demandada deberá tomar, por el tiempo que duró la vinculación del demandante, esto es entre el 1.º de marzo de 2006 [sic] y el 16 de marzo de 2011, el ingreso base de cotización (IBC) pensional (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron, efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aporte a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el actor 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 la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, en armonía con lo dicho en la parte motiva, siendo dable que le sean descontadas de las sumas a reconocérsele [...].»

1.7 El recurso de apelación (ff. 603 a 615). Inconforme con la anterior sentencia, la entidad demandada, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que (i) existe «[...] *Falta de legitimación en la causa por pasiva* [...] [pues] la Ley 1753 de 2015 [...] dispuso que la Fiduprevisora, será la encargada de atender los procesos judiciales y reclamaciones administrativas relacionadas con el extinto DAS [...]; (ii) «[...] al actor el extinto DAS le pagó por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (prestar servicios de escolta) unos honorarios, los cuales no se pueden confundir con salarios [...]; (iii) «[...] respecto del elemento subordinación, el hecho que el DAS facilitara el desarrollo de la labor de escolta - contratista, correspondía más a la órbita de una *COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES CONTRACTUALES* [...]; y (iv) «[...] si lo que pretende el demandante es que se le retribuya en iguales condiciones a un escolta vinculado a la Entidad [...] ineludiblemente deberá darse aplicación al principio “a trabajo igual salario igual” [...].»

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 19 de octubre de 2018 (ff. 644 a 648) y admitido por esta Corporación a través de auto de 20 de noviembre de 2019 (f. 685), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 3 de julio de 2020 (f. 442), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las primeras².

2.1.1 Parte demandante. Mediante su apoderado, reiteró los planteamientos de la demanda en cuanto a que se encuentra probada la existencia de una relación de trabajo encubierta en contratos de prestación de servicios.

2.1.2 Parte demandada. La UNP, a través de apoderada, ratificó los argumentos del recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA a esta Corporación le compete conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación³, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del extinguido DAS el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como escolta - contratista, en aplicación del principio de *«primacía de la realidad sobre formalidades»*; o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio, cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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 general relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron *«solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar»*.

Es decir, 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, o para desarrollar labores especializadas que no pueden asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones *«no puedan realizarse con personal de planta o»* y *«en ningún caso [...] general relación laboral ni prestaciones sociales»*, contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en sentencia C-154 de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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

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

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968⁴, «[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]», dispone:

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, 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 de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado «*contrato realidad*» aplica 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 laborales⁵.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁶ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) 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; y (iii) 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, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) El accionante prestó sus servicios como escolta del extinguido DAS desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 31 de agosto de 2011, en virtud de los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato de prestación de servicios	Inicio	Finalización	Folios
42 de 16 de marzo de 2005	16/03/2005	30/06/2005	182 a 186
80 de 1.º de julio de 2005	01/07/2005	30/08/2005	177 a 181
147 de 31 de agosto de 2005	31/08/2005	28/02/2006	164 a 176
18 de 1.º de marzo de 2006	01/03/2006	30/11/2006	153 a 155 y 164 a 168
80 de 1.º de diciembre de 2006	01/12/2006	30/06/2007	156 a 163
16 de 29 de junio de 2007	01/07/2007	31/12/2007	145 a 152
16 de 1.º de enero de 2008	01/01/2008	31/12/2008	138 a 144
128 de 30 de diciembre de 2008	01/01/2009	28/09/2009	130 a 137
16 de 28 de septiembre de 2009	30/09/2009	17/12/2009	116 a 124
59 de 18 de diciembre de 2009	19/12/2009	31/03/2010	125 a 129
107 de 31 de marzo de 2010	01/04/2010	31/07/2010	93 a 101
152 de 30 de julio de 2010	01/08/2010	31/12/2010	109 a 115
197 de 28 de diciembre de 2010	01/01/2011	30/04/2011	43 y 102 a 108
2 de 28 de abril de 2011	01/05/2011	31/05/2011	86 a 92
20 de 31 de mayo de 2011	01/06/2011	30/06/2011	79 a 85
36 de 1.º de julio de 2011	01/07/2011	31/08/2011	72 a 78

En todos los contratos el objeto fue «[...] prestar los servicios de protección [...] donde se asigne el esquema protectivo [...].».

b) Actas de iniciación, liquidación y terminación de algunos de los contratos antes enunciados (ff. 43 a 56).

c) El actor solicitó el 9 de octubre de 2013 (ff. 37 a 39) del entonces DAS el reconocimiento de diferentes conceptos salariales y prestacionales, con ocasión de su desempeño como escolta en la entidad. Lo anterior le fue denegado con oficio de 22 de octubre de 2013 (ff. 34 a 36), por cuanto «[...] los contratos de prestación de servicios, como los suscritos en este caso, son actos REGLADOS que mal puede la entidad en sede administrativa entrar a variar, tanto sus características como sus condiciones especiales y convertirlo en un CONTRATO LABORAL [...] no tiene competencia legal para cambiar la tipología de una relación contractual ya ejecutada [...].».

d) El responsable del programa especial de protección del DAS Barranquilla, suscribió varios oficios de instrucciones dirigidos al demandante para que prestara el servicio de protección, allí se indicaba el deber de registro en el libro de minutos de las salidas y los recorridos, el uso de

armas de dotación pertenecientes a la entidad y la obligación de reportarse (ff. 67 a 71).

e) Dentro de este proceso judicial se recaudó el testimonio del señor Fernando Celis Vélez, quien relató acerca de las circunstancias concernientes a la prestación de servicios del actor como escolta en el DAS (ff. 345 que contiene 1 CD y 448 a 449).

De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se tiene que el demandante prestó de manera personal e ininterrumpida sus servicios como escolta del extinguido DAS desde 16 de marzo de 2005 hasta el 31 de agosto de 2011, vinculado a través de contratos de prestación de servicios, así:

Contrato de prestación de servicios	Inicio	Finalización
42 de 16 de marzo de 2005	16/03/2005	30/06/2005
80 de 1.º de julio de 2005	01/07/2005	30/08/2005
147 de 31 de agosto de 2005	31/08/2005	28/02/2006
18 de 1.º de marzo de 2006	01/03/2006	30/11/2006
80 de 1.º de diciembre de 2006	01/12/2006	30/06/2007
16 de 29 de junio de 2007	01/07/2007	31/12/2007
16 de 1.º de enero de 2008	01/01/2008	31/12/2008
128 de 30 de diciembre de 2008	01/01/2009	28/09/2009
16 de 28 de septiembre de 2009	30/09/2009	17/12/2009
59 de 18 de diciembre de 2009	19/12/2009	31/03/2010
107 de 31 de marzo de 2010	01/04/2010	31/07/2010
152 de 30 de julio de 2010	01/08/2010	31/12/2010
197 de 28 de diciembre de 2010	01/01/2011	30/04/2011
2 de 28 de abril de 2011	01/05/2011	31/05/2011
20 de 31 de mayo de 2011	01/06/2011	30/06/2011
36 de 1.º de julio de 2011	01/07/2011	31/08/2011

También se encuentra acreditado que solicitó el 9 de octubre de 2013 del entonces DAS el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, debido a su desempeño como escolta, lo cual fue negado con el acto demandado.

En ese sentido, se encuentra demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y las pruebas recaudadas (documentos y testimonio), la existencia de los elementos de la relación laboral, por un lado, (i) la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente el demandante fue contratado por el entonces DAS como escolta, según el objeto contractual ya relatado, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro, (ii) la remuneración por el trabajo cumplido, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «Valor» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que le era pagada de manera mensual, según la suma acordada en cada contrato. Sin embargo, cabe anotar que si bien no se aportó prueba de todos los pagos recibidos, la entidad demandada no lo controvirtió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales.

En lo concerniente a (iii) la subordinación, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

El extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado mediante el Decreto 2872 de 31 de octubre de 1953, tenía por objeto «[...] la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo [...]»⁷, para lo cual debía producir «[...] la inteligencia que requiere el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado [...]»⁸, y entre sus funciones, de conformidad con el artículo 2º. (numeral 14) del Decreto 643 de 2004, se encontraba la de brindar protección a altos dignatarios, así:

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.

Por su parte, el Decreto 2816 de 2006⁹ estableció que «[e]l Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia tiene por objeto apoyar al Gobierno Nacional en la salvaguarda de la vida, integridad, libertad y seguridad de la población objeto del Programa que se encuentre en situación de riesgo cierto, inminente y excepcional, como consecuencia directa y en razón del ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias», del cual hacía parte para su desarrollo el extinguido DAS, y según su artículo 3, está dirigido a:

1. Dirigentes o activistas de grupos políticos y especialmente de grupos de oposición.

2. Dirigentes o activistas de organizaciones sociales, cívicas y comunales, gremiales, sindicales, campesinas y de grupos étnicos.

3. Dirigentes o activistas de organizaciones de Derechos Humanos y miembros de la misión médica.

4. Testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos, en concordancia con la normatividad vigente.

5. Periodistas y comunicadores sociales.

6. Alcaldes, Diputados, Concejales y Personeros.

7. Dirigentes de organizaciones de población en situación de desplazamiento.

8. Funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la Política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional.

9. Ex funcionarios que hayan tenido bajo su responsabilidad el diseño, coordinación o ejecución de la Política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional.

Visto lo anterior, colige la Sala que el servicio de protección era una función permanente y obligatoria del otrora DAS, con soporte normativo, la cual se relacionaba directamente con las labores que desempeñaba el reclamante, por ende, se tiene que este no ejerció actividades temporales durante su vinculación a esa entidad como contratista de prestación de servicios, sino de naturaleza permanente.

Agrégase a lo anterior que en la planta global de personal del extinguido DAS habían cargos de escolta, tal como se deduce del Decreto 644 de 2004¹⁰, que modificó el Decreto 2759 de 2000¹¹, cuya función, de acuerdo con el Decreto 1951 de 1993¹², consistía en «[p]restar los servicios de protección a personas, contra riesgos, peligros o amenazas que puedan generar perturbaciones de orden público», para lo que se desarrollaban actividades idénticas a las asignadas al actor, las cuales implicaban subordinación en el ejercicio de dichas tareas.

Así las cosas, la misión especial encomendada al entonces DAS comprendía la protección a personas en riesgo, peligro o amenaza, función de carácter permanente que cumplía en desarrollo de su actividad, lo que guardaba total similitud con las desempeñadas por el accionante, en tanto que denotaban una sujeción y dependencia de quien ejercía ese cargo, al propio tiempo que corroboran que no puede existir coordinación para el desarrollo de una presunta relación contractual para desempeñar esa labor, puesto que se trata de funciones que atañen a la esencia misma de la entidad.

Además, de la declaración recaudada (enunciada en la letra e del listado de pruebas que antecede), no existe duda sobre la configuración de los 3 elementos de la relación laboral antes descritos, en especial el de subordinación, en la medida en que el referido testimonio merece credibilidad, toda vez que relata la manera como el demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratado, y en armonía con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de dichos elementos; pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes del personal superior de la entidad.

Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.

Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.

Por consiguiente, en el presente caso no puede hablarse de coordinación, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte del actor estaba sujeto a la imposición de instrucciones del demandado, tales como: un horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino directamente por el contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la entidad, lo que denota sin lugar a dudas que el accionado, en su condición de empleador, tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.

En igual sentido, el testimonio da cuenta del cumplimiento de órdenes y horario por parte del reclamante por más de 6 años, toda vez que cumplía actividades referentes a la protección a personas y custodia de instalaciones en la forma, modo y tiempo que le determinaran según las instrucciones asignadas y las necesidades de los protegidos; en tanto que en los esquemas de seguridad los horarios se acomodaban al personaje que se protegía porque este los imponía.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien el reclamante se vinculó al otrora DAS a través de contratos de prestación de servicios, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación.

Así las cosas, al asunto le es aplicable el principio de «*la primacía de la realidad sobre formalidades*», pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, toda vez que desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para su funcionamiento, motivo por el cual estaba sujeto a subordinación y dependencia, tal como lo determinó el *a quo*.

La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones¹³, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

No obstante, pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, puesto que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior¹⁴.

En tales condiciones, en cuanto al argumento de apelación del demandado, referente a la inexistencia de subordinación, está desvirtuado y, en esa medida, se confirmará la sentencia impugnada frente a este aspecto.

Por otra parte, aunque el *a quo* no especificó las prestaciones sociales pagaderas al actor y tampoco ello fue motivo de la alzada, procede la Sala realizar las siguientes precisiones acerca de las deprecadas por el accionante¹⁵.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Sobre las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «*contrato realidad*», sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios»¹⁶, no obstante, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016¹⁷, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁸, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁹, que dispone:

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

- a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;
- b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016²⁰, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la

existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] 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 [...] 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».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005²¹.

Frente al reconocimiento de las primas de servicios, vacaciones, navidad y riesgo; las cesantías, los intereses a las cesantías, los auxilios de transporte y alimentación, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016²², precisó que «*con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] 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 dinaria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización*». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente²³ aclaró que «*el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas*».

En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un escolta del DAS, tales como vacaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.

En ese sentido, le corresponderá a la entidad accionada al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor.

3.5 Síntesis de la Sala. Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto.

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:

1º. Confírmase la sentencia de 18 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda incoada por el señor Francisco Javier Díaz Verdeza contra la Unidad Nacional de Protección, por las razones expuestas en la parte motiva.

2º. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

Firmado electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Con salvamento parcial de voto

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, «por el cual reglamenta el Decreto 4057 de 2011», los procesos judiciales en que fue parte el DAS, al cierre de la supresión de dicha entidad, serán notificados a los organismos que hayan asumido sus funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

2. Memoriales adjuntos a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.

3. Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

4. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.

5. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

6. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

7. Artículo 1.º del Decreto 643 de 2004, «Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones».

8. Ibidem.

9. «Por el cual se diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia y se adoptan otras disposiciones».
10. «Por el cual se modifica la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad».
11. «Por el cual se adopta la Planta de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones».
12. «Por el cual se adiciona la nomenclatura de los empleados 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».
13. Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.
14. «*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 planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*
- Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*
- Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*
- Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público [...].*
15. Se precisa que pese a que el a quo no se pronunció frente al tema de la prescripción, en este caso no se configura pues no hubo solución de continuidad entre contratos del 16 de marzo de 2005 al 31 de agosto de 2011 y el demandante presentó la solicitud el 9 de octubre de 2013.
16. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente 05001-23-31-000-2000-04729-01(0821-09), posición reiterada por la misma subsección en fallo de 6 de octubre de 2011 dentro del proceso 25000-23-25-000-2007-01245-01(0493-11).
17. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, providencia de 21 de enero de 2016, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 05001-23-31-000-2005-03979-01 (2316-12).
18. De conformidad con el Decreto 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», artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...].».
19. Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 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».
20. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
21. «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 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».

22. Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

23. Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

Fecha y hora de creación: 2026-02-02 00:10:56