

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01

No. INTERNO: 0739-2014

ACTOR: ELKIN HERNANDEZ ABREO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 31 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió a las súplicas de la demanda incoada por el señor Elkin Hernández Abreo contra la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, en supresión.

LA DEMANDA

El señor Elkin Hernández Abreo, por intermedio de apoderado, instauró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, contra el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, en supresión, con el fin de obtener la nulidad del Oficio OJUR No. 69607-2 de 30 de abril de 2012 por medio del cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS –, negó el reconocimiento y pago de los derechos y acreencias laborales solicitadas en virtud de haber ocultado la realidad laboral en los contratos de prestación de servicios por medio de los cuales el actor desempeñó funciones públicas como Escolta al servicio subordinado y permanente de la entidad.

Así mismo solicitó que se declare que entre el demandante y el DAS existió una relación laboral desde el 8 de mayo de 2007 hasta el 15 de noviembre de 2011, para la prestación de servicios personales de protección (Escolta), dentro del Componente de Seguridad a Personas del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la entidad demandada a pagarle todas las prestaciones sociales (ordinarias, compartidas y con fin social), tales como: cesantías e intereses, primas de navidad y riesgo; así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y viáticos, y demás factores salariales, en igualdad de condiciones a aquellos que devengan los Escoltas de la planta del DAS, en las cuantías que resulten probadas.

Así mismo, solicitó que se declare que no existió solución de continuidad en la relación laboral,

dar cumplimiento a la sentencia conforme lo prevén los artículos 187, 192 y 195 del CPACA y condenar en costas a la entidad demandada.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante fue vinculado al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para prestar el servicio personal de protección (Escolta), tal como se evidencia en el último contrato de prestación de servicios.

De conformidad con el Acta de Terminación Contractual, el último lugar de prestación del servicio fue la ciudad de Bucaramanga, Santander. De conformidad con lo establecido en el Decreto 643 de 2004, el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, tenía como función principal la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo, así mismo desarrollaba labores de inteligencia que requería el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del país.

Dentro de la estructura del extinto DAS, se encontraba la Oficina de Protección Especial, de la cual dependían funcionalmente los Escoltas – contratistas, dentro de ellos el actor.

Las funciones de protección (Escolta) desempeñadas por el demandante eran iguales a las realizadas por el personal de planta del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, razón por la cual todas las acreencias laborales deben liquidarse y pagarse en igual forma que a los funcionarios en propiedad; lo anterior con el fin de establecer una igualdad respecto de éstos, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia.

Mucho antes de que el DAS vinculara a personas naturales mediante contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de protección (Escolta); la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado habían determinado que esas contrataciones ocultaban una verdadera relación laboral, pues se presentaban los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

El demandante desarrolló la prestación del servicio de manera personal, permanente y subordinado a las órdenes impartidas por los protegidos asignados por el DAS, cumpliendo turnos de quince (15) a veinte (20) horas, los cuales dependían de las actividades que programaba durante el día la persona que estaba bajo su custodia, y su labor era remunerada de manera mensual por parte de la entidad demandada.

Cuando el “protegido” tenía que salir del país, el demandante quedaba a disposición del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, y por tanto debía cumplir el horario establecido para los servidores de la entidad demandada.

El Departamento Administrativo de Seguridad le asignó al actor un sitio habitual de trabajo, y lo enviaba a otros lugares del país para escoltar a quien le fuera asignado, en dichas misiones el Escolta debía entregar un reporte diario sobre el servicio y rendir el informe correspondiente.

Para prestar el servicio de protección, el Departamento Administrativo de Seguridad “DAS”, le asignaba armamento y carnets que lo acreditaban como funcionario de esa Entidad Pública.

Además de lo anterior, el actor cumplió la jornada máxima legal y en ocasiones horas extras, protegiendo a las personas que el DAS le asignaba, y dentro del marco de obligaciones de cada

contrato, nunca ejerció su actividad protectora sin las instrucciones y determinaciones establecidas por la entidad.

El hecho de que el DAS haya dado el nombre de contrato de prestación de servicios a los celebrados con el demandante, no descarta la existencia de una relación laboral porque en este caso la labor se desarrolló con subordinación y dependencia, elementos que determinan la diferencia entre uno y otro. Así, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe declararse la existencia del contrato realidad.

El DAS le impuso al demandante, a través de los contratos de prestación de servicios, el cumplimiento de las funciones asignadas a un escolta de planta, pues no se trataba de un contratista con independencia y autonomía, ya que tenía que pedir autorización a la entidad demandada para cumplir las actividades, además de coordinar con el supervisor del contrato los permisos e incapacidades.

La entidad demandada no cumplió con la obligación legal de afiliar al demandante al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Profesionales, por el contrario le trasladó la responsabilidad de asumirlo de su propio pecunio.

En el momento en que terminó la relación laboral (contrato realidad) el demandante devengaba \$1.638.000, más lo correspondiente a viáticos y gastos de viaje, sin el pago y reconocimiento prestacional que legalmente le era aplicable.

#### NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes: Constitución Política, preámbulo, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 16, 25, 29, 42, 53, 93, 122 y 209; Código Contencioso Administrativo, artículo 3 (sic); Ley 80 de 1993, artículo 32; Decreto 2400 de 1968, artículo 2, inciso final; Ley 909 de 2004, artículos 1, 19 y 21 y Decreto 643 de 2004, artículos 1, 2, 5, 8 y 56.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones con los siguientes argumentos (fl. 111 a 144):

El origen de los contratos de prestación de servicios para la protección de líderes sindicales y sociales, está regulado por el Decreto 372 de 26 de febrero de 1996, artículos 28, 29 y 32 y la Ley 418 de 26 de diciembre de 1997, artículos 81 y 82, en los que se indicó que la misión de protección, no es una actividad autónoma que corresponda al DAS, sino que por el contrario las políticas y directrices, por mandato legal le corresponden al Ministerio del Interior por intermedio del Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos – CRER, el cual es el encargado de aprobar la reglamentación del programa, evaluar cada caso particular de riesgo y establecer los niveles de protección de cada una de las personas que se encuentran amenazadas. El Programa de Protección está en cabeza del Ministerio del Interior y de Justicia; sin embargo, esta entidad no tiene personal suficiente para desarrollar la labor de Protección, razón por la cual el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, colabora con el programa prestando su personal, empero, como el suministrado por el DAS no es suficiente para brindar protección a todos los que la necesitan, el Ministerio del Interior realiza un traslado presupuestal para que el DAS sirva de administrador del programa y, contrate al personal que le hiciera falta al programa, compre los automotores necesarios para el servicio de los beneficiarios de las medidas de protección, se realice el mantenimiento de los mismos, el suministro de gasolina y en algunas

ocasiones la compra de armas.

Por tanto el DAS es la entidad encargada de contratar, mediante contratos estatales de prestación de servicios, a personal con conocimientos en el tema de protección y a quienes se les exige el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato por medio de las misiones asignadas para prestar el servicio de protección, misiones que en ningún momento pueden ser entendidas como subordinación, dado que no existe continuidad en las mismas porque una misión podía durar tres días, una o dos semanas o el tiempo requerido para cumplirla.

Los contratos de prestación de servicios que suscribió el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS con el actor se desarrollaron atendiendo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y las políticas de protección para organizaciones sindicales y sociales dado que la entidad no contaba con personal suficiente de planta que pudiera cumplir con el programa de protección, siendo esta situación uno de los requisitos legales para la realización de contratos de prestación de servicios con personas naturales.

En la relación contractual celebrada entre el actor y la entidad demandada, no se configuró el elemento de subordinación, ya que las misiones de trabajo solamente se refirieron al desarrollo del contrato de prestación de servicios para efectos de las obligaciones contractuales que debe cumplir el contratista y no para demostrar la existencia de la subordinación.

El DAS suscribió los contratos de prestación de servicios, en razón a la experiencia y formación del demandante en los temas de protección, para lo cual estipuló una duración específica en atención al cumplimiento del objeto contractual.

El contrato de prestación de servicios procede con una persona natural, cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta, o el mismo es insuficiente o requieran de conocimientos especializados, que para el caso concreto obedeció a la imposibilidad de atender las necesidades del programa de protección con personal del DAS.

Luego de transcribir apartes de una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que el DAS acordó una obligación contractual con el actor en razón a la experiencia y formación en los temas de protección, por lo cual se pactaron obligaciones contractuales de carácter netamente técnico. En los contratos Estatales de prestación de servicios celebrados con el actor siempre se estipuló una duración específica en atención al cumplimiento del objeto contractual y el pago de unos honorarios, siendo éstas características esenciales de los contratos de prestación de servicios.

## LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 31 de octubre de 2013 accedió a las súplicas de la demanda y condenó en costas a la entidad demandada, con fundamento en lo siguiente (fl. 291 a 302):

El demandante prestó sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, mediante la suscripción de diferentes contratos de prestación de servicios, desempeñando labores de escolta ininterrumpidamente entre el 8 de mayo de 2007 y el 15 de noviembre de 2011.

En el plenario aparece el testimonio de los señores Daniel Albeiro Hernández y Walter Osma Villamizar quienes manifestaron que el actor cumplía funciones de Escolta de conformidad con las misiones de trabajo emitidas por el supervisor del contrato perteneciente al DAS, a quien le

reportaba diariamente las novedades del servicio, le solicitaba permisos para ausentarse del trabajo o para desplazarse a otras ciudades con el protegido que tenía a cargo; además se le exigía permanecer en las instalaciones de la entidad demandada cuando no se encontraba con el protegido, recibía una remuneración mensual y era citado permanentemente con los demás Escoltas para recibir los instructivos establecidos por el DAS frente al manejo de armas de dotación y vehículos asignados. De acuerdo con lo anterior, el actor se encontraba subordinado a las directrices impartidas por la entidad demandada, máxime si se tiene en cuenta que la función propia del DAS, respecto del cargo de “Agente Escolta”, es brindar protección a la persona que le haya sido asignado un esquema de seguridad, para lo cual el Escolta debe acatar las órdenes que le sean impartidas.

No se trata de labores meramente temporales, pues el actor desempeñó de manera continua funciones que para ese entonces eran propias de la entidad, en igualdad de condiciones a los Escoltas de planta del DAS.

En consecuencia, entre el demandante y la entidad demandada existió una relación de carácter laboral porque el señor Elkin Hernández Abreo prestó sus servicios como Escolta dentro del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos a cargo del DAS, entre el 8 de mayo de 2007 y el 15 de noviembre de 2011, mediando entre las partes la subordinación y dependencia.

## EL RECURSO

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior (fl. 304 a 316), con la siguiente argumentación: Del análisis del acervo probatorio que sirvió de sustento para determinar la existencia de la subordinación, el A quo desconoció que las manifestaciones de voluntad de la administración se materializan a través de actos administrativos los cuales por su naturaleza están investidos de legalidad; sin embargo, da por ciertas las manifestaciones hechas por los testigos sin verificar los documentos públicos que acrediten las órdenes impartidas por los superiores jerárquicos.

De otra parte el fallador de Primera Instancia asemeja el objeto contractual como Escolta al cuadro de funciones y competencias del empleo público de detective. Las funciones de los empleos públicos son dadas por la Ley y la extralimitación de las mismas genera responsabilidad, en el presente caso el A quo no apreció la descripción del empleo dentro del cual se establece la equivalencia, pues se limitó a señalar que la permanencia en disponibilidad es una función propia de los detectives y en virtud de ello el demandante desborda el contenido del contrato y cumple funciones propias de la planta de personal del DAS.

Según las pruebas testimoniales allegadas al proceso, el señor Hernández Abreo presentaba informes de las actividades ejecutadas al DAS, lo que implica que la labor desarrollada era autónoma, dado que los objetos planteados en el cumplimiento del objeto contractual se informaban más no obedecían a órdenes por parte de la entidad demandada.

El Consejo de Estado ha señalado en materia de contrato realidad que para que el mismo se genere, el contratista debe desarrollar las mismas funciones del servidor público, y en el presente caso ello no ocurre porque el detective no tiene la función de prestar guardia.

En ese orden de ideas el demandante no cumplió con las funciones propias de Detective, ni su función estaba suscrita a la función pública del DAS, por lo tanto se tiene que la relación contractual surgió para cubrir las necesidades de la prestación de un servicio técnico y

especializado que no ha sido asignado a ningún empleo de planta de personal del DAS.

De conformidad con la exigencia del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la realidad de la contratación del personal especializado en seguridad personal por parte del DAS, la necesidad de contratar no fue indefinida, así lo demuestran las disposiciones del Ministerio del Interior para el DAS y la realidad misma de la contingencia.

Por lo tanto la realidad probatoria que reposa en el plenario indica claramente que la relación sostenida entre el DAS y el demandante es una relación de carácter contractual regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios especializados que no desarrollen propiamente la función pública encomendada a la entidad y que no sea prestado por ningún empleado de la planta de personal.

Según el recurrente “los contratos de prestación de servicios entre HERNANDEZ ABREO y el DAS, no correspondía a la ejecución de funciones propias del DAS sino que, como se dijo anteriormente, éstas actividades relacionadas con seguridad de personas en situación de amenaza y riesgo fue impuesta transitoriamente al DAS por el Ministerio del Interior.”

La Ley 418 de 1997, pone en cabeza del Ministerio del Interior la protección a personas que se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica. La parte actora no logró demostrar el elemento de subordinación, habida cuenta que dentro del proceso se probó que el señor Hernández Abreo prestó el servicio de protección a persona protegida de manera autónoma e independiente sujeto al esquema de seguridad. Los esquemas de protección, a los cuales pertenecía el actor, y prestaba su apoyo el Departamento Administrativo de Seguridad, se establecieron de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 372 de 26 de febrero de 1996, “por el cual se establece la estructura interna del Ministerio del Interior, se determinan sus funciones y se dictan disposiciones complementarias.”

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado al rendir el Concepto visible a folio 360 solicitó confirmar la providencia impugnada que accedió a las súplicas de la demanda en razón a que el actor trabajó como escolta en el DAS por más de cuatro años, cumpliendo horario de lunes a viernes y horas extras, recibiendo a cambio una remuneración y sujeto a las órdenes de los superiores.

El continuo servicio a cargo del demandante, a través de los contratos de prestación de servicios, le generó confianza a la entidad contratante, que no reparó en utilizar los servicios del señor Hernández Abreo por más de cuatro años seguidos; razón por la cual, mal podría interpretarse que en ese lapso no hayan existido controles de actividades, cumplimiento de horario y ordenes o directrices.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en determinar si el señor Elkin Hernández Abreo tuvo una verdadera relación laboral

con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS y como consecuencia de ello al pago de prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenga derecho o si por el contrario, las labores realizadas con fundamento en contratos de prestación de servicios no generan la declaratoria del “contrato realidad”.

#### Acto Acusado

Oficio N° OJUR 69607-2 de 30 de abril de 2012 por medio del cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS –, le negó al actor el pago

de prestaciones sociales porque la vinculación fue a través de contratos de prestación de servicios, y por tanto no es competencia del DAS cambiar la tipología de una relación contractual ya ejecutada. Los contratos de prestación de servicios no tienen la idoneidad para crear una relación laboral reglada porque éstos se rigen por la Ley 80 de 1993 y sus respectivos Decretos Reglamentarios. En consecuencia, el reconocimiento y pago de lo solicitado versa sobre un litigio de naturaleza legal, que escapa al conocimiento y competencia de la Entidad. Además, como las reclamaciones se refieren a la ejecución de unos contratos de prestación de servicios, el actor debió efectuarlas a la terminación de los plazos contractuales o en su defecto en las correspondientes liquidaciones (fls. 25-29).

#### De lo probado en el proceso

Mediante derecho de petición radicado el 6 de febrero de 2012, el actor le solicitó al Director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en supresión el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en consideración a que en el fondo existió una verdadera relación laboral (fls. 20-24). Entre el actor y el DAS se suscribieron sucesivos Contratos de Prestación de Servicios Personales, en desarrollo del Programa de Protección liderado por el Ministerio del Interior y de Justicia para brindar protección a personas que se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política con el conflicto armado interno, durante los siguientes periodos:

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 008 de 2007 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 8 de mayo de 2007, por el término de siete meses (fl. 378-381 cdno 2). El anterior contrato fue adicionado por un mes más, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2007 (fls. 392-394 cdno 2).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 579 de 2007 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 2 de enero de 2008, por el término de un año (fls. 254-257), con prórroga de adición por 8 meses (fl. 259).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 00038 de 2009 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 29 de septiembre de 2009, por el término de 60 días calendario, y cuatro meses más (fl. 425-433Cuad. 2).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 002 de 2010 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 1° de abril de 2010 (fls. 22 a 27 Cdno 2), y prórroga de un mes hasta el 31 de julio de 2010 (fl. 43 Cdno 2).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 34 de 2010 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 29 de julio de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 (fls. 89-95 cdno 2).

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 67 de 2010 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 27 de diciembre de 2010 hasta el 31 de marzo de 2011 (fl. 197 cdno 2). El anterior contrato fue prorrogado hasta el 3 de abril de 2010 (sic) (fl. 201 cdno 2).

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección N° 027 de 2011 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 1° de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2011 (fls. 240-246 Cdno 2)

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para prestar los servicios de protección No. 047 de 2011 celebrado entre el actor y el DAS, desde el 1° de julio de 2011 hasta el 31 de agosto de 2011 (fl. 281-287 cdno 2). El anterior contrato fue prorrogado por un mes más, esto es, del 1° al 30 de septiembre de 2011 (fls. 300, 301 y 307 cdno 2).

- A folio 310 del cuaderno 2 obra copia del acta de terminación del contrato de prestación de servicios No. 041 de 2007 celebrado el 30 de septiembre de 2011.

### Testimonios

Los testimonios de los señores Walter Osma Villamizar y Daniel Albeiro Hernández Bravo fueron realizados en la Audiencia de pruebas celebrada el 18 de septiembre de 2013 (fl. 198), cuyas declaraciones completas se encuentran grabadas en el CD de la referida diligencia. En dichas declaraciones se indicó que el actor trabajó como Escolta al servicio del DAS, para lo cual le suministraban los elementos de trabajo, cumpliendo horario y supeditado a las órdenes y directrices del supervisor del contrato perteneciente al DAS, además de la función de escoltar a personas con esquema de seguridad; debía cumplir otras ordenes que le eran asignadas por personal del DAS, tales como, vigilar y ofrecer seguridad a las instalaciones de la entidad cuando no se encontraba custodiando al protegido.

### Análisis de la Sala Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

“b. 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.”

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber,



la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”<sup>1</sup>

1 Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.

2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (artículo 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos<sup>1</sup>:

1 Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un 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.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de

la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

#### Caso Concreto

El demandante manifiesta que estuvo prestando sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, como Escolta de Protección mediante diferentes y sucesivos contratos de prestación de servicios, por lo que considera se configuró una relación laboral. De las pruebas allegadas al plenario se constató que el actor prestó sus servicios como Escolta en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, desde el 8 de mayo de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2011 de manera ininterrumpida, vinculado por “contrato de prestación de servicios” en los que se estableció lo siguiente:

“...

OBJETO.– 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 Barrancabermeja 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 Riegos del Ministerio del Interior y de Justicia.

...”

En el sub-lite se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios porque el demandante en su condición de Escolta cumplía funciones que no eran temporales dado que la vinculación se mantuvo por más de 4 años; 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 la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el actor se encontraba subordinado a las directrices impartidas por la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la función propia del DAS es brindar seguridad a la persona a quien se le asigna esquema de protección, para lo cual el escolta debe acatar las órdenes que le sean impartidas, como ocurrió en el caso bajo estudio.

En consecuencia, el demandante en el ejercicio de su labor, ejecutaba labores propias de las funciones asignadas a esa entidad tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 643 de 2004, entre otras:

“...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....”

Lo anterior permite concluir que el actor no desarrolló funciones meramente temporales, pues duró vinculado por más de cuatro años y ejercía las labores propias asignadas a la entidad, como resulta de la comparación de funciones.

Al desvirtuarse el vínculo contractual es procedente la declaración del “Contrato Realidad”, que si bien no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, sí genera un trato similar al que tiene un empleado público que ejerce las mismas funciones.

Por último y en atención a que el Tribunal Administrativo de Santander condenó al DAS, en supresión al pago de las prestaciones sociales reclamadas por el actor desde el 8 de mayo de 2007 hasta el 15 de noviembre de 2011, es preciso advertir que el señor Hernández Abreo trabajó como Escolta al servicio del DAS hasta el 30 de septiembre de 2011, sin que exista prueba que demuestre que su vinculación se dio hasta el 15 de noviembre de 2011, pues, de conformidad con el acta de terminación del contrato de prestación de servicios visible a folio 310 del cuaderno 2, el contrato No. 047 de 2011 suscrito entre el actor y el DAS se dio por terminado el 30 de septiembre de 2011, razón por la cual la sentencia de Primera Instancia será aclarada en el sentido de que el pago de las prestaciones sociales debe ser hasta el 30 de septiembre de 2011 y no hasta el 15 de noviembre de 2011.

#### La Condena en el Contrato Realidad

La tesis que manejaba esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limitaba a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”<sup>2</sup> (Negrilla del Texto)

2 Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 2324-00, Actora: María Bertha Díaz Correa.

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

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 derecho ordenando el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir, dada su inexistencia en la Planta de Personal imposibilitando retrotraer las cosas a su estado anterior, pero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución Política establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que no puede ser escindido, sino concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.<sup>3</sup>

3 Consejo De Estado, Sección Segunda, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, sentencia de 19 de febrero de 2009, EXP. No. 730012331000200003449-01 (3074-2005), Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.

Por último, y en atención a que el apoderado de la entidad demandada en el recurso de apelación no se refirió a la condena en costas impuesta por el A quo, la Sala no hará pronunciamiento alguno respecto de ese asunto. En consecuencia, la Sala sintetiza lo expuesto, acogiendo los planteamientos del A quo en el sentido de que el acervo probatorio evidenció que en el sub-lite se configuró un Contrato Realidad, es decir, que a pesar de la vinculación contractual, las actividades desarrolladas por el actor fueron similares a las de otros Escoltas de la Planta de la Entidad, bajo continuada subordinación, prestando personalmente el servicio y recibiendo a cambio una remuneración, razón por la cual se confirmará la decisión de Primera Instancia, con la aclaración de que el pago de las prestaciones sociales es desde el 8 de mayo de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 31 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por Elkin Hernández Abreo contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en supresión.

2. ACLÁRESE, el numeral cuarto de la sentencia de 31 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el sentido de reconocer al actor las prestaciones sociales, desde el 8 de mayo de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2011.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



MINTIC