CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Finalidad

El contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

VINCULACIÓN CON EL ESTADO – Clases

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

SUBORDINACIÓN – Elementos – Noción

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. (…) la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica. (…) en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente (…) el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Principio – Primacía de la realidad sobre la forma

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado. Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que el trabajo es un derecho fundamental (…) De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes

CONTRATO REALIDAD – Elementos – Configuración – Relación laboral

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. (…) Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos

CONTRATO REALIDAD – Funciones de escoltas del DAS – Típica relación de trabajo

Para la Sala está comprobado que el desarrollo del contrato implicaba una relación que iba mucho más allá de la coordinación, ya que el escolta contratista no podía adelantar su labor en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que considerara adecuadas, siempre que cumpliera con los resultados, sino que desarrollaba una actividad minuciosamente estructurada y vigilada, para evitar riesgos de seguridad sobre los protegidos. De la comparación entre dichas funciones y el objeto de los contratos, la Sala concluye que el actor, como escolta, cumplía las mismas funciones esenciales que aquellos que estaban vinculados en planta, bajo un marco de subordinación específico y con una retribución mensual por su labor, de manera que la vinculación por contrato de prestación de servicios era una simple ficción, que encubría una verdadera relación laboral con la entidad.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

# SECCIÓN SEGUNDA

# SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14)**

**Actor: LUIS OSWALDO PEÑA OLIVERO**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD- DAS- EN SUPRESIÓN**

**Asunto :** Aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad en relaciones laborales. Departamento Administrativo de Seguridad –DAS[[1]](#footnote-1)- prestación de servicios de escolta.

**Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho– Ley 1437 de 2011**

**==========================================================**

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 22 de mayo de 2014, proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA,** que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

###### 1. ANTECEDENTES

**1.1 La demanda**

El señor Luis Oswaldo Peña Olivero, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad del acto administrativo de 27 de diciembre de 2012, que negó la solicitud de reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre la entidad y el peticionario, así como el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones que de ella se derivan.

Como restablecimiento del derecho pidió que se condene a la entidad demandada a pagar los valores correspondientes a las cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones y primas de vacaciones, bonificación por servicios prestados, indemnización de vacaciones, salud, pensiones, riesgos profesionales y caja de compensación familiar.

También solicitó que se condene a la demandada a devolver los dineros correspondientes a descuentos por retenciones, derivados de la suscripción de los contratos de prestación de servicios celebrados con el DAS.

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

* El señor Luis Oswaldo Peña Olivero se vinculó al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 2 de julio de 2007 hasta el 27 de diciembre de 2009 y desde el 01 de enero de 2011 hasta el 15 de noviembre de 2011, para prestar sus servicios como escolta dentro del programa de protección especial liderado por el Ministerio del Interior y de Justicia, y su última asignación mensual $1.638.000.
* Durante su vinculación, el actor estuvo sujeto a los horarios, lugares e instrucciones de funcionarios del DAS, que eran sus inmediatos superiores y que impartían órdenes sobre los parámetros de la prestación del servicio.
* Al demandante se le remitieron órdenes de trabajo donde constan de forma específica las funciones que debía cumplir, las instrucciones estrictas sobre su realización y la descripción de los elementos con los cuales debía cumplir la labor asignada.
* Además de cumplir un horario, el actor debía estar disponible permanentemente para atender un eventual requerimiento por parte de la entidad.
* El actor cumplía las mismas funciones que los escoltas vinculados a la planta de personal.

**1.3 Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53 y 83.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 131, 132 135, 137 y 152.

Decretos 1932, 1933, 2146 y 2164 de 1989.

Decreto 377 de 2006.

Explicó que es procedente celebrar contratos de prestación de servicios personales por parte de las entidades públicas, siempre que se trate de labores temporales, que no se pueden desempeñar por personal de planta y que impliquen conocimientos especializados; de la misma naturaleza del contrato, se desprende que el contratista puede actuar con total autonomía y sin subordinación alguna.

En el presente caso, el actor se vinculó al servicio del DAS por más de siete años, cumpliendo misiones específicas determinadas por la oficina de protección seccional de Arauca, a través de órdenes de trabajo en las cuales se impartían todas las instrucciones que debía seguir y se especificaba el vehículo en el cual debía desplazarse. De igual manera, manifestó que el demandante debía cumplir horario y turnos de disponibilidad, que implicaban estar atento al llamado de la entidad los siete días de la semana.

Indicó que el demandante cumplió funciones como “empleado de hecho”, pues cumplía las personas que ocupaban el cargo de escolta en la planta de la entidad, pero sin recibir la misma remuneración, por ende, en este caso es procedente declarar la existencia de una relación laboral con la entidad, en atención al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas.

**1.4 Contestación de la demanda**

El Departamento Administrativo de Seguridad –en supresión-, mediante escrito visible a folios 145 a 157, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

Manifestó que el programa de protección a personas amenazadas correspondía a una política de seguridad nacional a cargo del Ministerio del Interior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 372 del 26 de febrero de 1996, que se ejecutaba a través de la Dirección General para los Derechos Humanos, de la cual hacía parte el Departamento Administrativo de Seguridad.

Explicó que el DAS, como parte de la Dirección General para los Derechos Humanos, adquirió el compromiso de coordinar el funcionamiento operativo de los esquemas de protección, por lo que tuvo que suscribir contratos de prestación de servicios de escolta, ya que no contaba con el personal de planta suficiente para cubrir la demanda.

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

Manifestó que dada esa especial labor, los contratistas debían ceñirse de manera estricta a las directrices del DAS, que vigilaba y controlaba toda la actividad de los escoltas, sin que eso implicara subordinación, puesto que resulta evidente que era necesario adelantar las misiones de manera coordinada con las demás funciones de la entidad.

Explicó que la entidad debía proveer las herramientas necesarias para prestar el servicio puesto que en su mayoría, se trataba de objetos de uso privativo del Estado.

Por último, propuso la excepción de cobro de lo no debido y solicitó al Tribunal declarar probada de manera oficiosa, cualquier excepción que se encontrara demostrada dentro del expediente.

**1.5 La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Arauca, en sentencia de 22 de mayo de 2014 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (folios 206 a 234).

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

Expuso que de las pruebas documentales presentes en el expediente se evidencia la configuración de los elementos esenciales de una relación laboral entre el DAS y el actor, puesto que se acreditó que prestó sus servicios de manera personal y que por ello recibía una contraprestación económica.

Señaló que de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se configuró el elemento de la subordinación, puesto que cumplía con una labor que ordinariamente le corresponde realizar a la entidad, con las mismas funciones que los empleados de planta, de manera habitual, cumpliendo con actividades permanentes, mediante contratos sucesivos.

Declaró que existió solución de continuidad entre el 27 de noviembre de 2009 y el 27 de diciembre de 2010, ya que se interrumpió la relación contractual. Tampoco encontró probado que existiera una relación laboral encubierta con la entidad, derivada del contrato 327 de 2005.

Como restablecimiento del derecho, condenó al DAS a pagar el valor de las prestaciones sociales que se reconocían a los empleados de la entidad, tomando los honorarios contractuales pactados como base para la liquidación. También ordenó a la entidad reconocer al actor las sumas correspondientes al porcentaje de los aportes de salud y pensión que debió hacer la entidad en su condición de empleador.

En cuanto a la caja de compensación y el subsidio familiar, resolvió no reconocer pago alguno, porque el actor no acreditó ser titular de tales beneficios

Respecto a la prescripción, consideró que el término debía contarse a partir de la terminación del último contrato desvirtuado; teniendo en cuenta que el actor se vinculó con la entidad en dos etapas, separados por un lapso de aproximadamente un año en que sí existió solución de continuidad, declaró prescritos los derechos derivados del vínculo existente entre la entidad y el actor del 1 de julio de 2007 hasta el 27 de noviembre de 2009[[2]](#footnote-2), y resolvió no declararla, respecto de la segunda etapa contractual.

Por último, condenó en costas a la entidad, por considerar que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, las mismas deben ser impuestas a quién pierde en el juicio, sin tener en cuenta ninguna consideración adicional.

**1.6 Fundamento de los recursos de apelación**

El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que esgrimió en la contestación de la demanda y en los que se resumen a continuación[[3]](#footnote-3):

Consideró que el Tribunal concluyó, a partir de simples inferencias, que existió una relación laboral entre la entidad y el actor, sin tener en cuenta que de las pruebas allegadas al proceso no puede derivarse tal afirmación. A juicio del recurrente, el demandante no logró desvirtuar las características esenciales de los contratos de prestación de servicios, por lo que el juez no podía dar por probados hechos distintos a los que se encuentran en el expediente.

Alegó que el actor no cumplió las mismas funciones que los empleados del DAS, seccional Arauca, porque el cargo de escolta no existía en la planta de personal y tampoco existe prueba en el expediente que así lo corrobore.

Manifestó que no puede predicarse la habitualidad en la prestación del servicio, máxime cuando el mismo Tribunal reconoce que hubo solución de continuidad en las actividades del actor.

Adujo que tampoco se probó la existencia de una relación de subordinación, puesto que las órdenes que recibía el contratista se impartieron dentro del margen establecido por el artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos[[4]](#footnote-4):

Consideró que debía revocarse el numeral cuarto, que declaró la prescripción parcial de los derechos pretendidos en la demanda, puesto que según lo ha expuesto, el Consejo de Estado, la prescripción debe contarse a partir de la fecha de la sentencia, ya que en el tema de contrato realidad, es a partir de allí que se constituye el derecho.

En ese mismo sentido, solicitó que se reconsideren las fechas de las condenas impuestas al DAS, incluyendo el período en el que se declaró la prescripción por parte del Tribunal, es decir, desde el 1 de julio al 7 de noviembre de 2011 sin solución de continuidad y del 27 de noviembre de 2010 al 15 de noviembre de 2011, también sin solución de continuidad.

**1.7 Alegatos**

Mediante auto de 7 de marzo de 2016[[5]](#footnote-5) se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

**La entidad demandada**

Manifestó que la entidad no puede ni debe asumir las obligaciones dejadas de pagar por el DAS, puesto que en virtud del artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, en material laboral, únicamente corresponde a la UNP incorporar el personal de la entidad.

También señaló que las órdenes, la prestación personal del servicio y los honorarios que se pagaban al actor, corresponden a elementos de la naturaleza del contrato de prestación de servicios y por ello, no son evidencia de la existencia de una relación laboral.

**El Ministerio Público**

Consideró que existía suficiente evidencia de la prestación del servicio por parte del señor Luis Oswaldo Peña Olivero al DAS, de manera permanente, cumpliendo las mismas funciones que los escoltas vinculados a la planta del extinto DAS.

Manifestó que resulta imperativo reconocer los efectos prestacionales de la relación laboral que se configuró, en condiciones de igualdad respecto de los funcionarios de planta, en virtud del principio jurídico de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Dentro del mismo marco de igualdad, y contrario a la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado, consideró que debe aplicarse la prescripción para el contrato realidad, de la misma manera en que opera para las relaciones legales y reglamentarias.

La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

# 2. CONSIDERACIONES

**2.1 Cuestión previa.**

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que han venido tramitando hayan pasado al despacho para tal efecto, sin que haya lugar a alterarse dicho orden. Así se observa en la citada norma:

ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social (…).

No obstante lo anterior, el legislador mediante la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, por la cual se reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 16 estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado, en sus Salas o Secciones, sometieran a estudio y aprobación los proyectos de sentencia con carácter preferente, esto es, sin atender el estricto orden de entrada al despacho, cuando la decisión adoptada **entrañe únicamente reiteración de su jurisprudencia.**

Así las cosas, teniendo en cuenta que mediante sentencias de 1 de septiembre y 6 de octubre de 2016[[6]](#footnote-6), entre otras, ya se han resuelto asuntos cuyo problema jurídico guarda identidad con el que hoy formula la parte demandante, la Sala en el caso concreto, entrará a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 22 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, sin atender el orden y fecha en que el presente asunto entró para fallo al despacho.

**2.2 Problema jurídico**

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar, si se configuró la existencia de una relación laboral entre el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- en supresión y el demandante Luis Oswaldo Peña Olivero.

En segundo lugar, la Sala debe precisar si el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el valor correspondiente a las prestaciones sociales, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tomando en consideración todos los emolumentos que devengan los escoltas vinculados a la planta de la entidad.

**2.3 Marco legal y jurisprudencial en materia de contrato realidad**

Esta Subsección ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, en el presente caso, la Sala reitera lo expuesto en la sentencia del 16 de julio de 2009, radicación 85001-23-31-000-2003-00478-01 (1258-07), en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral:

**.- El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.**

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

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

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

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

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

“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (Subrayas de la Sala)”.

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

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

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

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

En sentencia C-154-97[[7]](#footnote-7) la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, el Decreto 2503 de 1998[[8]](#footnote-8) define el empleo de la siguiente manera:

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

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

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

**“Art. 19 El Empleo Público.**

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

2. El diseño de cada empleo debe contener:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**.- Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.**

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación, ha acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "en ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales” no consagró una presunción de derecho que no admita prueba en contrario, puesto que el afectado podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

**El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales,** previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.[[9]](#footnote-9)

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

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003[[10]](#footnote-10), la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia[[11]](#footnote-11) para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la **calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

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

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

De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional[[12]](#footnote-12). Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas…

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”[[13]](#footnote-13).

Sin embargo, advierte la Sala que en sentencia de 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos:

“Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (…)

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo”[[14]](#footnote-14) (Subraya la Sala).

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

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

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

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

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

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”[[15]](#footnote-15).

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

**2.4 Los hechos probados**

El señor Luis Oswaldo Peña Olivero, identificado con cédula de ciudadanía 80.419.270 de Usaquén, celebró los siguientes contratos de prestación de servicios de escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Número | Vigencia | Plazo | Forma de pago | Folios |
| 23 de 2007 | Por el término de duración del contrato (6 meses) y ocho meses más. | 6 meses | Mensual | 121 a 128 |
| 57 de 2007 | Por el término de duración del contrato (1 año) y ocho meses más. | 1 año | Mensual | 107 a 114 |
| 27 de 2008 | Por el término de duración del contrato (6 meses) y ocho meses más. | 6 meses[[16]](#footnote-16) | Mensual | 94 a 99 |
| Prórroga No. 1 y adición No. 1 al contrato 27 de 2008 |  | 30 días[[17]](#footnote-17) | Mensual | 90 a 91 |
| Prórroga No. 2 y adición No. 2 al contrato 27 de 2008 |  | 30 días[[18]](#footnote-18) | Mensual | 92 y 93 |
| 5 de 2009 | Por el término de duración del contrato (2 meses) y cuatro meses más. | 2 meses[[19]](#footnote-19) | Mensual | 84 a 89 |
| Prórroga No. 1 adición No. 1 al contrato 26 de 2010 |  | Hasta el 30 de abril de 2011 | Mensual | 81 a 83 |
| 26 de 2010 | Por el término de duración del contrato y cuatro meses más. | Desde la suscripción del acta de iniciación y hasta el 31 de marzo de 2011 | Mensual | 72 a 78 |
| 8 de 2011 | Por el término de duración del contrato y cuatro meses más. | Desde la suscripción del acta de iniciación y hasta el 31 de octubre de 2011 | Mensual | 66 a 71 |
| Prórroga y adición No. 1 al contrato 06 de 2011 |  | Desde el 1 de septiembre hasta el 30 de septiembre de 2011 | Mensual | 64 a 65 |
| 2 de 2011 | Por el término de duración del contrato y seis meses más. | Desde la suscripción del acta de iniciación y hasta el 31 de mayo de 2011 | Mensual | 57 a 63 |
| 4 de 2011 | Por el término de duración del contrato y seis meses más. | Desde el 1 de junio hasta el 30 de junio de 2011 | Mensual | 50 a 56 |
| Prórroga y adición 1 al contrato 08 de 2011 |  | Desde el 1 de noviembre hasta el 15 de noviembre de 2011 | Mensual | 48 a 49 |
| 006 de 2011 | Por el término de duración del contrato y seis meses más. | Desde la suscripción del acta de iniciación y hasta el 31 de agosto de 2011[[20]](#footnote-20) | Mensual | 41 a 47 |

De acuerdo con la certificación expedida por el Subdirector Financiero de la Coordinación de Tesorería del DAS, en proceso de supresión, el señor Luis Oswaldo Peña Olivero recibió pagos por concepto de prestación de servicios en el Programa de Protección del Ministerio del Interior y de Justicia equivalentes al precio pactado en los contratos allegados al proceso, durante el período comprendido entre el 1 de julio de 2007 al 15 de noviembre de 2011 (folios 267 a 269, cuaderno de pruebas). Según se observa en la certificación, los pagos se efectuaron mensualmente durante los años 2007, 2008, 2009 y 2011.

El demandante presentó petición ante el DAS el 14 de diciembre de 2012 con el fin de solicitar el reconocimiento jurídico de una relación laboral entre las partes y la liquidación y pago de las sumas a que haya lugar, en los períodos comprendidos entre el 2 de julio de 2007 hasta el 28 de diciembre de 2010 y el mes de enero de 2011 hasta el 15 de noviembre de ese mismo año (folios 12 a 15).

**2.5 Acto administrativo demandado**

Mediante oficio de fecha 28 de diciembre de 2012, visible a folios 18 a 20, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión, la entidad negó la solicitud del señor Luis Oswaldo Peña Olivero.

En síntesis, explicó que no era procedente reconocer ningún tipo de emolumento al actor, puesto que éste prestó sus servicios de escolta a través de contratos de prestación de servicios, vínculo no tuvo la connotación ni los efectos de una relación laboral y cuyos efectos no pueden modificarse en sede administrativa.

**2.6 Caso concreto**

Observa la Sala que el señor Luis Oswaldo Peña Olivero prestó sus servicios de escolta para el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, mediante contratos de prestación de servicios, de manera sucesiva e ininterrumpida en dos períodos: de julio del año 2007 a noviembre del año 2009 y, de enero a noviembre del año 2011.

El objeto común de los contratos era el siguiente: “el CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Cali (Valle) y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia”.

Advierte la Sala que en desarrollo del objeto contractual, el actor debía prestar servicios de seguridad a determinadas personas, utilizando los medios de defensa, transporte y comunicación suministrados por la entidad; también debía comunicar permanentemente al supervisor del contrato o al inspector de turno, cualquier novedad en el desarrollo de sus actividades[[21]](#footnote-21).

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

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

El Decreto 1951 de 4 de septiembre de 1993[[22]](#footnote-22), adicionó a la nomenclatura y codificación de empleos del DAS el cargo de agente escolta, código 205, grado de remuneración 5, perteneciente al área operativa, cuya función general era “prestar los servicios de protección a personas, contra riesgos, peligros o amenazas que puedan generar perturbaciones de orden público”.

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

“1. Realizar las actividades tendientes a lograr la protección de las personas a las cuales el DAS les presta servicio de seguridad, según el programa para el cual fue nombrado, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos;

2. Conducir los vehículos de la Institución cuando las necesidades del servicio lo requieran previo cumplimiento de los requisitos legales;

3. Reportar oportunamente al superior sobre los desplazamientos que realice el protegido dentro y fuera de la ciudad;

4. Mantener en buen estado el vehículo, equipo, armas y demás elementos de dotación;

5. Contribuir con sugerencias, iniciativas y propuestas que propicien un eficiente servicio de seguridad;

6. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo”.

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

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

“El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (…)”[[23]](#footnote-23)

Así las cosas, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales. La liquidación de las prestaciones sociales se hará con base en los honorarios pactados en los contratos suscritos entre la entidad y el demandante[[24]](#footnote-24).

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

Para efectos de aplicar el término prescriptivo, contado desde la última relación contractual, la Sala encuentra que efectivamente dicho término debía contabilizarse teniendo en cuenta que existieron dos períodos contractuales distintos:

De julio del año 2007 a noviembre del año 2009, período discriminado así:

- Del 1 de julio de 2007 al 31 de diciembre de 2007: contrato 23 de 2007.

- Del 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008: contrato 057 de 2007.

- Del 1 de enero de 2009 hasta el 28 de septiembre de 2009: contrato 27 de 2008.

- Del 29 de septiembre de 2009 hasta el 27 de noviembre de 2009: contrato 05 de 2009.

Desde enero a noviembre del año 2011, discriminado así:

- De enero de 2011 hasta el 30 de abril de 2011: contrato 26 de 2010.

- Mayo de 2011: contrato 002 de 2011.

- Del 1 de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2011: contrato 004 de 2011.

- Del 5 de julio de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011: contrato 006 de 2011.

- De octubre de 2011 hasta el 15 de noviembre de 2011: contrato 008 de 2011.

Teniendo en cuenta que la petición se radicó ante la entidad el 14 de diciembre de 2012, de acuerdo con la certificación visible a folio 17 del expediente, expedida por la empresa de correo, la Sala concluye que la reclamación para el primer período contractual se encuentra prescrita, lo cual no sucede con el segundo, comprendido entre el mes de enero y el 15 de noviembre del año 2011, razón por la que, el restablecimiento del derecho comprenderá solo este último período, tal y como se dispuso en la sentencia de primera instancia[[25]](#footnote-25).

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

Por último, precisa la Sala que la condena en costas impuesta en el numeral OCTAVO de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, debe revocarse puesto que, acogiendo el criterio de la Sección Segunda de esta Corporación, si bien el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, esa decisión debe resultar del análisis sobre la actuación procesal de las partes, y requiere que estén debidamente causadas y comprobadas. En el caso concreto no se evidencia conducta de la parte demandada que justifique la imposición de la condena en costas, motivo por el cual no hay lugar a las mismas, como tampoco a la condena en agencias en derecho en el entendido que estas últimas se encuentran comprendidas en las costas, de conformidad con el artículo 361 del CGP.

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,

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** parcialmente la sentencia de 22 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa sentencia.

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

**TERCERO: REVOCAR**  la condena en costas impuesta en el numeral octavo de la sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE. DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS CARMELO PERDOMO CUÉTER

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

1. Mediante Decreto 4057 de 2011 se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).La entidad que comparece al proceso es la Unidad Nacional de Protección (Folios 274 y siguientes). [↑](#footnote-ref-1)
2. Por cuanto la reclamación se formuló ante la entidad hasta el 14 de diciembre de 2012. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 236 a 247. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 248 a 252. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 282. [↑](#footnote-ref-5)
6. Expediente 76001-23-31-000-2012-00338 01 (2685-2015) CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez y Expediente 68001-23-31-000-2009-00146-01 (1773-2015) CP. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-7)
8. Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarsicio Cáceres Toro. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.

    (…)

    “En consecuencia, **se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir**, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). [↑](#footnote-ref-15)
16. Contados a partir del 1 de enero de 2009 hasta el 30 de junio de ese mismo año. [↑](#footnote-ref-16)
17. Contados a partir del 1 de julio y hasta el 9 de agosto de 2009. [↑](#footnote-ref-17)
18. Contados a partir del 30 de agosto hasta el 28 de septiembre de 2009. [↑](#footnote-ref-18)
19. Contados desde el 29 de septiembre hasta el 27 de noviembre de 2009. [↑](#footnote-ref-19)
20. El acta de iniciación fue suscrita el 5 de julio de 2011 (folio 40). [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 36 a 39. [↑](#footnote-ref-21)
22. “*Por el cual se adiciona la nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se describe la naturaleza de una denominación, se fijan los requisitos mínimos para su desempeño y se dictan otras disposiciones*” [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 5 de agosto de 2016. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 6 de octubre de 2016. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-24)
25. La fecha que se tendrá en cuenta para efectos de la condena impuesta, será la prevista en el numeral tercero de la sentencia recurrida, esto es, la fecha de suscripción del contrato 026 de 2010, en consideración a que en el expediente no consta el acta de iniciación del contrato para a partir de dicho documento establecer una fecha cierta. [↑](#footnote-ref-25)