**CONTRATO REALIDAD -** **Marco legal - Jurisprudencial**

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.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Existencia - Relación laboral - Carga de la prueba**

Nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público. (…) 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 (…) En sentencia C-154-97 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 (…) 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; (…) 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 (…) Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir al contrato de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica. (…) 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. (…) 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, tiene plena operancia 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. (…) 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. (…) 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.

**RELACIÓN LABORAL - Contrato de prestación de servicios - Escolta del Departamento Administrativo de Seguridad - Autonomía e independencia**

Advierte la Sala que en desarrollo del objeto contractual, el actor debía salvaguardar la vida e integridad física de una persona protegida, 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. 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; en este caso, el atento y constante seguimiento a las directrices de la entidad tenía vital importancia, por tratarse del cuidado de una persona en especial situación de riesgo. Por ello, para la Sala está comprobado que el desarrollo del contrato implicaba una relación que iba mucho más allá de la coordinación, ya que el escolta contratista no podía adelantar su labor en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que considerara adecuadas, siempre que cumpliera con los resultados, sino que desarrollaba una actividad minuciosamente estructurada y vigilada, para evitar riesgos de seguridad sobre los protegidos. El Decreto 1951 de 4 de septiembre de 1993, 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”. (…) 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. (…) 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.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00250-01(1938-15)**

**Actor: JORGE YONATAN PARRA DURÁN**

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

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

**Acción de nulidad y restablecimiento del derecho– Decreto 01 de 1984**

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

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por ambas partes demandante y demandada, contra la sentencia del 9 de julio de 2014, proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA,** que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

###### 1. ANTECEDENTES

**1.1 La demanda**

El señor Jorge Yonatan Parra Durán, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad del oficio 2011-1115111-2 de 13 de diciembre de 2011 suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad -en proceso de supresión –DAS-, 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 reclamadas.

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

También solicitó que se condene a la demandada a devolver los dineros correspondientes a descuentos por retenciones, gastos de seguridad social, pólizas y demás sumas derivadas 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 Jorge Yonatan Parra Durán se vinculó al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 1 de marzo de 2006 para prestar sus servicios como escolta en el área de protección a personas en la ciudad de Cali, con una retribución mensual equivalente a la suma de $2.372.340.
* 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.
* Los elementos con los cuales se desempeñó como escolta, tales como vehículos, armas e instrumentos de comunicación, eran suministrados por la entidad, junto con las órdenes específicas para su uso.
* El actor cumplía las mismas funciones que los escoltas vinculados directamente por la entidad pero no recibía la misma remuneración.
* Al demandante se le remitieron ordenes de trabajo donde constan de forma específica las funciones que debía cumplir bajo instrucciones estrictas, tales como efectuar la respectiva presentación ante el Director de la Seccional del DAS, a donde era enviado, o en el Comando de la Inspección de Policía del sector.
* Durante la prestación del servicio, el actor presentó varios informes escritos acerca de las actividades que ejecutaba.

**1.3 Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

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

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

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

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se argumenta que corresponde al empleador demostrar dentro de un proceso, que el contrato pactado no envuelve realmente una relación laboral subordinada, sin que para ello resulte suficiente anexar los contratos de prestación de servicios.

**1.4 Contestación de la demanda**

El Departamento Administrativo de Seguridad –en supresión-, mediante escrito visible a folios 90 a 116, 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, que se ejecutaba a través de la Dirección General para los Derechos Humanos, de la cual hacía parte el Departamento Administrativo de Seguridad. Adujo que en consecuencia, cualquier litigio derivado del desarrollo del programa, debe vincular a las demás entidades que conformaban la Dirección.

Explicó que aunque la función de brindar esquemas de seguridad no era un objetivo misional de la entidad, 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.

Señaló que por el carácter especial de la función encomendada, se inició un proceso de selección para los contratistas, similar al que usaba la entidad para vincular a los escoltas de planta, pero que en modo alguno implica la existencia de una relación laboral con los contratistas.

Argumentó que no se puede predicar que un contrato que suscribió el DAS con un particular para brindar seguridad a un grupo poblacional en riesgo genere relación laboral, más aún si dentro de los objetivos misionales del otrora DAS (Decreto 643 de 2004) no está enmarcada la protección de la referida población vulnerable, actividad ésta que asumió de forma coordinada el DAS en cumplimiento a lo ordenado por los Decretos 1836 de 2002, 2816 de 2006, 4785 de 2008, 4864 de 2009, 1740 de 2010, 1030 y 955 de 2011.

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 alguna. Señaló 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 las excepciones de caducidad, inexistencia de la obligación, pago y falta de legitimación en la causa por pasiva.

**1.5 La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia de 9 de julio de 2014 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (folios 164-176).

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

Expuso que entre el DAS y el actor se configuró una relación legal y reglamentaria del 16 de marzo de 2006 hasta el 12 de agosto de 2008, de la cual se deriva el pago de las prestaciones sociales correspondientes, es decir, la bonificación por servicios prestados, las vacaciones, las primas de vacaciones, de servicios, de antigüedad y de navidad, el auxilio de cesantías, los intereses a la cesantías y la dotación.

Explicó que en el marco de los contratos de prestación de servicios de escolta celebrados entre la entidad y el demandante, se comprobó la existencia de una relación de subordinación, en la cual se atendían las precisas órdenes de funcionarios de superior jerarquía y se prestaba un servicio permanente y constante.

Precisó que no era procedente conceder los viáticos solicitados en la demanda, puesto que esos pagos fueron efectuados por la entidad de manera eventual, cuando así lo exigieran las necesidades del servicio, pero no como una retribución periódica.

Tampoco accedió al pago de la prima de riesgo, porque según lo ha expresado el Consejo de Estado, esta únicamente está establecida para los detectives conforme los Decretos 1933 de 1989 y 246 de 1994.

Destacó que no es procedente el pago de la sanción moratoria, ni tampoco el reembolso de los descuentos por retenciones efectuadas al actor, puesto que en el caso concreto, la sentencia es constitutiva del derecho y es partir de allí que las obligaciones se hacen exigibles.

Por último, explicó que no era procedente acceder al pago del valor de las pólizas de cumplimiento contractual constituidas por el demandante, toda vez que no existe evidencia de ellas en el expediente.

**1.6 Fundamento de los recursos de apelación**

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación[[2]](#footnote-2):

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

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

Por último, resaltó que el actor no debió firmar los contratos que consideraba ilegales, o en su defecto debió solicitar, en su oportunidad, la terminación de los mismos.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación[[3]](#footnote-3):

Cuestionó que el Tribunal no hubiera ordenado la devolución del porcentaje de los aportes a seguridad social que correspondían a la entidad en su condición de empleador, así como de los pagos efectuados por concepto de pólizas de cumplimiento y publicaciones que debió asumir el actor, como consecuencia de la suscripción de los contratos de prestación de servicios.

También solicitó la inclusión de los viáticos y de la prima de riesgo dentro del ingreso base de liquidación para las prestaciones, puesto que las mismas constituían salario y se pagaban de forma periódica al actor.

**1.7 Alegatos**

Mediante auto de 29 de agosto de 2016[[4]](#footnote-4) se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

**La parte actora**

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

El Ministerio Público, mediante escrito visible a folios 235 a 240, manifestó que en su concepto sí existió una relación laboral entre la entidad y el demandante, de la cual se deriva el pago de todas las prestaciones a que tiene derecho un escolta que se encuentre vinculado a la nómina.

Destacó que al actor no le asiste el derecho a la sanción moratoria de las cesantías, puesto que como lo expresó el Tribunal Administrativo del Valle, el derecho prestacional únicamente nace con la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral.

También consideró que la entidad debe restituir todos los valores que se descontaron al demandante por concepto de retenciones y los gastos en que tuvo que incurrir para suscribir las pólizas de cumplimiento de los contratos celebrados.

La entidad demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

# 2. CONSIDERACIONES

**2.1 Cuestión previa.**

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, le 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[[5]](#footnote-5), 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 9 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, 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, en los términos de los recursos de apelación interpuestos por las partes, si se configuró la existencia de una relación laboral entre el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- en supresión y el demandante Jorge Yonatan Parra Durán.

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, el valor de los descuentos por retención que le fueron efectuados, y los gastos en pólizas de cumplimiento que suscribió, para celebrar los contratos de prestación de servicios.

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

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

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

**.- 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[[6]](#footnote-6) 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 al contrato de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

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

En este sentido, el Decreto 2503 de 1998[[7]](#footnote-7) 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, tiene plena operancia 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.*[[8]](#footnote-8)*

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[[9]](#footnote-9), 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[[10]](#footnote-10) 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[[11]](#footnote-11). 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*”[[12]](#footnote-12).

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”[[13]](#footnote-13)* (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 sociales 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*”[[14]](#footnote-14).

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 Jorge Yonatan Parra Durán celebró los siguientes contratos de prestación de servicios de escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Número | Vigencia | Plazo | Forma de pago | Folios |
| 62 de 2006 | Por el término de duración del contrato (9 meses) y cuatro (4) meses más. | 9 meses | Mensual | 28 a 33 |
| 72 de 2007 | Por el término de duración del contrato (6 meses) y ocho (8) meses más. | 6 meses | Mensual | 34 a 39 |
| 185 de 2007 | Por el término de duración del contrato (1 año) y ocho meses más. | 1 año | Mensual | 21 a 27 |

De acuerdo con la certificación expedida por el Subdirector Financiero de la Coordinación de Tesorería del DAS, en proceso de supresión, el señor Jorge Yonatan Parra Durán, 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 marzo de 2006 al 18 de junio de 2008 (Folios 5 a 7 cuad. 2). Según se observa en la certificación, los pagos se efectuaron mensualmente durante los años 2006, 2007 y 2008, lo que demuestra continuidad en la prestación del servicio.

En la certificación se registra el último pago realizado el 12/08/2008. Sin embargo, el contrato 185 de 2007 tenía un plazo de ejecución de un año, y fue suscrito el 26 de diciembre de 2007, luego entiende la Sala, a partir de los documentos aportados al expediente, que el contrato se ejecutó hasta el 26 de diciembre de 2008. Se toma esta fecha pues si bien en el contrato se indica que el plazo se contará a partir de la suscripción del acta de iniciación, este documento no fue aportado como prueba al proceso.

El demandante presentó petición ante el DAS con el fin de solicitar el reconocimiento jurídico de una relación laboral entre las partes, la nivelación del actor al cargo existente en la planta de personal y con base en ello, la liquidación y pago de las sumas a que haya lugar (Folios 11 a 20).

**2.5 Acto administrativo demandado**

Mediante oficio de fecha 14 de diciembre de 2011, visible a folios 7 a 10, 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 Parra Durán.

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

**2.5 Caso concreto**

Observa la Sala que el señor Jorge Yonatan Parra Durán prestó sus servicios de escolta para el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 1 de marzo de 2006 al 26 de diciembre de 2008.

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 salvaguardar la vida e integridad física de una persona protegida, 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[[15]](#footnote-15).

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; en este caso, el atento y constante seguimiento a las directrices de la entidad tenía vital importancia, por tratarse del cuidado de una persona en especial situación de riesgo.

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

El Decreto 1951 de 4 de septiembre de 1993[[16]](#footnote-16), 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*”[[17]](#footnote-17).

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”[[18]](#footnote-18).*

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 (…)”[[19]](#footnote-19)*

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[[20]](#footnote-20).

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

En el presente caso, observa la Sala que el actor prestó sus servicios hasta el 26 de diciembre de 2008 y efectuó la reclamación ante la entidad el 12 de diciembre de 2011, es decir, dentro del término prescriptivo para exigir las prestaciones sociales derivadas de la declaratoria de la relación laboral.

Sobre el reconocimiento y pago de los viáticos que solicita la parte actora se incluyan dentro del monto indemnizatorio, encuentra la Sala que no es procedente por dos razones: i) la primera porque el contratista no adquiere la condición de servidor público al declarar, con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad, que existió una relación laboral entre el demandante y el extinto DAS. El pago que se reconoce a título de restablecimiento del derecho incluye el pago prestacional y no salarial. Y , ii) la segunda porque dentro de la relación contractual y según certificado allegado al expediente (folios 5 a 7 cuaderno 2) al demandante le fueron cancelados unos valores por concepto de “gastos de viaje” que se causaron durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Bajo la misma argumentación tampoco procede el reconocimiento de la prima de riesgo por cuanto esta es un factor salarial creado por el Decreto 1137 de 1994 para los cargos de detective especializado, profesional o agente; criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores[[21]](#footnote-21). En el presente caso, el pago que se reconoce comporta el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho el empleado de planta, y no a valores por concepto de salario, en cuanto que quien estuvo vinculado a través de la relación contractual no ostenta por virtud de la declaratoria de la existencia de una relación laboral, la condición de empleado público.

La devolución de los valores sufragados por el contratista por concepto de las pólizas que debió suscribir con ocasión de los contratos de prestación de servicios, tampoco es procedente. Dicha petición no fue formulada en sede administrativa (folios 11 a 20), ni tampoco se demostró la causación de dicho pago.

Sobre la petición formulada por la parte actora en el sentido de ordenar la devolución de los dineros descontados por concepto de retención en la fuente, ha dicho la Sala, en casos como el presente, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales, no es el medio adecuado para ello. Por lo tanto, siguiendo el criterio de la Sala, la devolución de los dineros pagados por el actor por conceptos tributario no es procedente, toda vez que la entidad demandada no es la encargada de recepcionar ni administrar dichos valores[[22]](#footnote-22).

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

Por último, la Sala no impondrá a la entidad la obligación de devolver el valor de las pólizas de cumplimiento suscritas por el actor, puesto que no se acreditó la existencia ni el monto de las mismas dentro del expediente.

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 9 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa sentencia.

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

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral segundode la sentencia en el sentido de tener como período para el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho el demandante, el comprendido entre el 1 de marzo de 2006 al 26 de diciembre de 2008.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

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**

Relatoria JORM

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 (Fl. 177). [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 178 a 187. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 188 a 190. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 227. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-6)
7. Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibídem. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. Folio 9, cuaderno de pruebas. [↑](#footnote-ref-15)
16. “*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-16)
17. Folios 42 a 44. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 45 y 46. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 1 de agosto de 2013. Exp. No. 0070-2011. Demandante: Hector Enrique Duque Blanco. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia de 13 de junio de 2013 Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez. Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE. CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016 Exp. No. 1773-15 Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio. CP: William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-22)